

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANA CRISTINA LUCAS FACUNDO

GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS

**CURITIBA
2009**

ANA CRISTINA LUCAS FACUNDO

GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Aldacy Rachid Coutinho.

**CURITIBA
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO

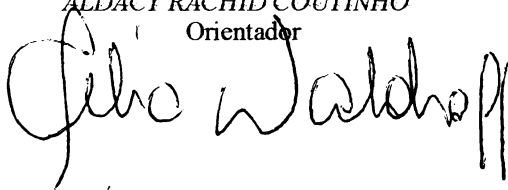
ANA CRISTINA LUCAS FACUNDO

Garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



ALDACY RACHID COUTINHO
Orientador



CÉLIO HORST WALDRAFF
Primeiro Membro



FÁBIO DE ALMEIDA REGO CAMPINHO
Segundo Membro

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais, por todo amor, estrutura e suporte que
sempre me deram;
e ao meu dedicado e companheiro namorado, Danny.*

AGRADECIMENTOS

*Agradeço à Prof.^a Aldacy Rachid Coutinho pela orientação;
ao Danny Renan Mineguel Assis, pela paciência e ajuda no
desenvolvimento do trabalho;
e a Deus, fonte inesgotável de oportunidades e de realização.*

RESUMO

O presente trabalho objetivou discutir a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de garantia de emprego ao portador do vírus HIV. Partindo-se inicialmente de pesquisa doutrinária e legislativa e, posteriormente, da análise da jurisprudência, pretendeu-se verificar o tratamento que é dado ao tema pelo Direito pátrio. Com o intuito de melhor esclarecimento sobre o assunto abordado, fez-se um estudo interdisciplinar, que buscou no campo das Ciências Médicas o substrato para se tratar da AIDS. Também extrapolou o campo do Direito o exame da estigmatização sofrida pelos indivíduos acometidos pela doença. Constatou-se grande divergência tanto entre os autores quanto em relação às decisões que abordaram o assunto, variando entre teses que apontam para a ausência de qualquer garantia e teses que defendem a plena estabilidade dos obreiros soropositivos. Concluiu-se, finalmente, com fulcro na legislação infraconstitucional, nas normas internacionais e, principalmente nos valores e princípios constitucionais, os quais orientam toda a interpretação do Direito, que ao portador do HIV é assegurada a garantia de emprego, não nos moldes da estabilidade, que depende de previsão normativa, mas nos moldes de proteção contra a dispensa sem justo motivo, que nesses casos é tida como presumidamente discriminatória.

Palavras-chave: Garantia de emprego. AIDS/HIV.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....1

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DE EMPREGO.....3

1.1. Dignidade da pessoa humana.....3

1.2. Valor social do trabalho.....12

1.3. Função social no contrato de trabalho.....16

1.3.1. Propriedade.....16

1.3.2. Empresa e contrato.....19

2. A DISPENSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....27

2.1. Noção de dispensa.....27

2.2. Artigo 7º, I da CF.....29

2.3. Estabilidade e garantia de emprego.....32

2.4. Convenção 158.....40

2.5. Despedida arbitrária e despedida abusiva.....45

3. GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS.....53

3.1. Princípio da igualdade e da não-discriminação.....53

3.2. Direito à intimidade.....60

3.3. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).....64

3.4. Resposta pelo Direito.....69

CONCLUSÃO.....85

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....90

INTRODUÇÃO.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida deixou de ser uma doença encontrada somente em setores sociais específicos tradicionalmente discriminados e, hoje, atingindo parcela significativa da população, passou a ser um problema vivenciado também no ambiente de trabalho.

Segundo o Ministério da Saúde¹, de 1980 a junho de 2007 foram notificados 474.273 casos de AIDS no país. A Organização Mundial da Saúde² apresenta uma estimativa do ano de 2007 com números bem mais expressivos, segundo a qual o total de crianças e adultos que vivem com o vírus HIV (tendo ou não manifestado a doença) gravita em torno de 730.000 a 890.000 casos no país.

No mundo, cerca de 36,5 milhões de pessoas que realizam algum tipo de atividade produtiva são soropositivas³. Para o ano de 2015 a projeção da OIT é de 74 milhões de infectados⁴, sendo que cerca de 4 milhões desses estarão incapacitadas para o trabalho⁵. No Brasil, a incapacidade para o trabalho afetará 25.840 pessoas, das quais 8.160 terão incapacidade total⁶.

A pesquisa ANRS-VESPA⁷, realizada pela *Agence Nationale de Recherches sur le Sida et les Hépatites Virales* em 2004 nas regiões metropolitanas da França com portadores do vírus da AIDS, revelou que a maioria dos entrevistados mantém segredo sobre sua soropositividade no local de trabalho; e isso é facilmente compreensível tendo em vista outros resultados a que a pesquisa chegou. Foi identificado que os portadores da doença possuem uma taxa de emprego bem menor que a população em geral: o risco de ficar desempregado é cinco vezes maior para os entrevistados do que para a população em geral com as mesmas características sócio-demográficas (idade, sexo, nacionalidade, nível de escolaridade, composição familiar e taxa de emprego na região). O baixo nível de atividade profissional constatado entre

¹ Disponível em WWW.URL em: <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMIS13F4BF21PTBRIE.htm>

² Disponível em WWW.URL em:

http://apps.who.int/globalatlas/predefinedReports/EFS2008/full/EFS2008_BR.pdf

³ Disponível em WWW.URL no site oficial da Organização Internacional do Trabalho via: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2004/104B09_201_span.pdf

⁴ Disponível em WWW.URL no site oficial da Organização Internacional do Trabalho – Brasil na Internet via: http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/hiv_aids.php

⁵ Disponível em WWW.URL no site oficial da Organização Internacional do Trabalho via: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2004/104B09_201_span.pdf

⁶ Idem.

⁷ Disponível em WWW.URL no site da *Agence Nationale de Recherches sur le Sida et les Hépatites Virales*:

http://www.anrs.fr/index.php/anrs/ressources_et_publications/grandes_enquetes/enquete_anrs_vespa_1

soropositivos na França deveu-se à perda do emprego após a descoberta da doença; 52% e 37% dos entrevistados declararam que consideram *importante* e *muito importante*, respectivamente, o papel da doença na cessação do emprego que ocupavam no momento do diagnóstico.

No Brasil, o Departamento de DST e AIDS do Ministério da Saúde⁸ divulgou também dados alarmantes, em uma pesquisa realizada com 1.246 portadores e doentes de AIDS de todo o país, segundo os quais 20,6% dos entrevistados dizem ter perdido o emprego em decorrência da descoberta da infecção pelo HIV. Além disso, a pesquisa revelou que a renda média entre os pacientes é de R\$ 785 enquanto a renda média da população brasileira é de R\$ 936 (ainda que o grau médio de escolaridade daqueles seja mais alto).

O mais alarmante disso tudo é saber que a inatividade profissional é acompanhada da perda de recursos e da deterioração do nível de vida, fatores que seriam fundamentais na manutenção da saúde dos doentes. Dados do Ministério da Saúde revelam que 20,5% dos indivíduos diagnosticados com AIDS na região Norte haviam morrido em até um ano após a descoberta da doença, sendo a média percentual do país de 16,1%.

Dada a preocupante situação dos trabalhadores portadores do vírus HIV no mercado laboral brasileiro em decorrência das discriminações sofridas e tendo em vista a frágil proteção legal que lhes é dispensada; pretende-se, com este trabalho, examinar o tema relativo à garantia de emprego do trabalhador portador do vírus da AIDS no Direito brasileiro pós-Constituição Federal de 1988.

Para tanto, iniciar-se-á o trabalho monográfico abordando temas como a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a função social do contrato de trabalho, uma vez que possuem grande relevância na proteção constitucional aos trabalhadores.

No segundo capítulo, a análise se voltará ao artigo 7º, I da Constituição Federal, às figuras de estabilidade no emprego e aos conceitos de despedida arbitrária e abusiva.

Por fim, no último capítulo, discorrer-se-á sobre o princípio da igualdade e da não-discriminação, o direito à intimidade, as características da doença e, finalmente, sobre a garantia de emprego do trabalhador portador no ordenamento brasileiro.

⁸ Disponível em WWW.URL em: <http://www.aids.gov.br/data/Pages/LUMISE77B47C8ITEMID0621F9A26E344BB0851E63E9E7E78338PTBRIE.htm>

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA GARANTIA DE EMPREGO.

1.1. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A dignidade da pessoa humana tem caráter histórico. Não atravessou a passagem do tempo imune às alterações decorrentes da evolução histórica e às influências de cada sociedade em que existiu. Isso significa dizer que ela é fruto da produção humana em tempos e lugares distintos. Conforme registra Thereza Gosdal, os direitos humanos e da dignidade “são criados, produzidos pela sociedade e estão em permanente processo de alteração e mudança, o qual tem sido tendente à ampliação dos direitos e à universalização”⁹.

Inicialmente, a concepção de dignidade se apresentou como expressão da ideologia cristã, uma vez que tanto no Antigo¹⁰ como no Novo Testamento¹¹ o Homem é identificado como imagem e semelhança de Deus. Embora não se possa encontrar na Bíblia um conceito de dignidade, o Cristianismo partiu dessa concepção para defender que os seres humanos têm um valor intrínseco a si mesmos e não podem ser usados como objetos.

Nas palavras de Thereza Gosdal:

Por ser imagem e semelhança de Deus, a dignidade do homem é compreendida como anterior e superior à ordem jurídica.

O homem tem um corpo, que o vincula ao mundo animal e às leis da matéria e uma alma, que o aproxima mais de Deus que as demais criaturas.¹²

Ana Paula de Barcellos¹³ destaca que a mensagem divulgada por Jesus Cristo pela primeira vez valorizou o homem como indivíduo, já que apontava para uma salvação individual e que dependia de decisões pessoais. Além disso, dizia com o respeito ao outro, revelando sentimentos de solidariedade e de igualdade entre os homens.

⁹ GOSDAL. Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra**. p. 58.

¹⁰ **Bíblia Sagrada. Antigo Testamento. Gênesis 1:26.** “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.”

¹¹ **Bíblia Sagrada. Novo Testamento. 1 Coríntios 11:7.** “O homem, pois, não deve cobrir a cabeça, porque é a imagem e glória de Deus, mas a mulher é a glória do homem.”

¹² GOSDAL. Thereza Cristina. *Op. cit.* p. 59.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana**. p. 105.

Esse reconhecimento de uma dignidade pessoal, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴, pôde acontecer porque no Cristianismo passou a haver um relacionamento direto entre Deus e o indivíduo, o que não ocorria nas demais religiões da Antiguidade, as quais eram marcadas pela relação de Deus com a comunidade. Assim, no Cristianismo as pessoas se definiam por sua vinculação à divindade e não a determinada nação.

Já na Antiguidade Clássica não vigia essa mesma noção. No pensamento filosófico e político da época, a *dignitas* vinculava-se à posição social e à aceitação do indivíduo na sociedade. Dessa forma, alguns homens eram considerados mais dignos que outros.

O estoicismo, marcado especialmente pelo pensamento de Cícero, desvincula a dignidade da posição social. Todos os homens seriam dotados da mesma dignidade, ainda que diante de diferenças sociais ou culturais, e esta característica os distinguiria dos demais seres vivos.

Persistiu, na Idade Média, a concepção de dignidade fundada no pensamento cristão e estóico. Destacaram-se nesse contexto as proposições de Tomás de Aquino, que chegou a referir-se expressamente à “*dignitas humana*”. Segundo o filósofo italiano, a dignidade se funda no fato de ser o homem imagem e semelhança de Deus, mas não só nele. A liberdade também seria uma característica inerente ao indivíduo, o qual, por sua capacidade de se autodeterminar, existiria em função de sua própria vontade.

Partindo para outro momento histórico, Ingo Sarlet¹⁵ identifica na obra de Giovanni Pico della Mirandola, seguidor de Aquino no Período Renascentista, a idéia de que a superioridade dos seres humanos em relação às demais criaturas estaria fundada na natureza indefinida outorgada ao homem por Deus em contraposição à natureza definida dos demais seres. Essa indefinição teria o objetivo de propiciar que o arbítrio humano determinasse o ser e o querer de cada um. Apesar de o antropocentrismo trazido pela obra de Giovanni Pico della Mirandola não ter sido inédito para a época, o autor se distinguiu dos demais porque não estabeleceu a relação de causa e consequência entre Criador e criatura o que, inclusive, fez com que suas teses fossem consideradas heréticas¹⁶.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. p. 111.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 32.

¹⁶ Cf. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.* p. 112.

Com o Jusnaturalismo dos séculos XII e XIII, a noção de dignidade da pessoa humana passou a ter um caráter mais laico e racional, num processo de secularização que se completou com o pensamento de Kant¹⁷.

Em Kant pode-se encontrar uma das contribuições mais importantes para a formulação da concepção de dignidade vigente até os dias atuais. Conforme demonstra Ingo Sarlet¹⁸, o filósofo alemão parte da idéia de autonomia da vontade, que seria a faculdade de se submeter às leis criadas pelo próprio Homem, agindo em conformidade com elas. Nesse atributo, encontrado apenas em seres racionais, estaria o fundamento da dignidade humana.

A partir dessa premissa, Kant apresentou o que chamou de “imperativo categórico”, que é uma forma universal que seria válida incondicionalmente, em todas as ações morais. Expressou o imperativo categórico pela sentença: “Age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”¹⁹. Do cerne dessa formulação, extraiu-se a máxima que afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas, qual seja, “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como um fim e nunca simplesmente como um meio”²⁰.

Assim, o imperativo categórico se orienta pela dignidade humana, de acordo com a qual o ser humano jamais poderia ser tratado como um meio para atingir uma finalidade. Em todas as ações, o Homem deve ser considerado como um fim em si mesmo. Em oposição aos seres irracionais, aos quais se atribui a denominação de coisas, os seres humanos são chamados de pessoas, justamente porque não podem ser usados como meios para o uso arbitrário das vontades.

Kant também entendia que existem, no mundo social, duas espécies de valores: o preço, que representa um valor de mercado e a dignidade, que representa um valor moral, conforme afirma em *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade.
Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo

¹⁷ Cf. G. Frankenberg, *Autorität und Integration*, p. 270 Apud. SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 32

¹⁸ SARLET. *Op. cit.* p. 33.

¹⁹ KANT. Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. p. 51.

²⁰ KANT. Immanuel. *Op. cit.* p. 59

equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento [Affektionspreis]; mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade.²¹

Em contraposição ao pensamento de Kant, cabe destacar que também Hegel abordou o tema da dignidade. Nessa seara, o filósofo apresentou uma concepção de dignidade não ontológica, ou seja, o homem não seria digno pelo simples fato de ser humano, a dignidade não seria qualidade inerente a cada indivíduo. Pelo contrário, seria uma condição a ser conquistada, fruto de um reconhecimento social.

Conforme salienta Ingo Sarlet²², inobstante as críticas existentes, a teoria kantiana foi fonte de grande influência não só na área filosófica, mas também na jurídica. É nela que a maioria da doutrina jurídica encontra, até hoje, os fundamentos e também o conteúdo da dignidade da pessoa humana, embora se questione até que ponto a dignidade kantiana pode responder às novas preocupações contemporâneas. Dentre tais preocupações pode-se citar a proteção jurídica do embrião, a viabilidade da eutanásia, a dignidade da vida de maneira geral da qual decorre a necessidade de proteção do meio ambiente e preservação dos recursos naturais.

Antes de uma análise jurídica da dignidade da pessoa humana, faz-se ainda necessário mencionar a idéia de dignidade do homem conquistada por meio do trabalho, idéia esta que nasceu, principalmente, em decorrência do surgimento do capitalismo e da Reforma Protestante.

Conforme afirma Thereza Gosdal, até o final do século XV, o trabalho era relegado apenas a servos e escravos. Não tinha qualquer ligação com a dignidade, muito pelo contrário, era considerada uma atividade aviltante, humilhante. Segundo a autora, somente com o desenvolvimento do capitalismo, houve a dignificação do trabalho. O protestantismo também foi fundamental nesse processo, uma vez que era a fonte de estímulo psicológico,

²¹ KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 65.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 34

pois via no trabalho uma “vocação profissional” que serviria como certificação de um “estado de graça”. Nas palavras de Thereza Cristina Gosdal:

O desenvolvimento de relações capitalistas de produção, a apropriação privada dos meios de produção e da riqueza e a necessidade de se permitir a apropriação do trabalho para formação do lucro e de se garantir a circulação de mercadorias, levaram à dignificação do trabalho como valor ético central da sociedade. Era preciso difundir a valorização do trabalho para legitimar o sistema formado pela sociedade burguesa recém-implantada, justificando-se pelo trabalho a apropriação privada e a acumulação, concebidos com o protestantismo não mais como condenável vinculação a bens materiais ou à usura, mas como sinal da aprovação e benção divina, em razão do dever de trabalhar para a glória divina e para o reino de Deus na Terra.²³

Assim, o trabalho passou a ser instrumento de consagração do homem, de forma que representava a possibilidade de se ter um mínimo existencial, a possibilidade de se ter acesso a bens, viabilizada pela “liberdade” de venda da força de trabalho no mercado.

Com o fim da Segunda Guerra, a dignidade da pessoa humana passou a ter lugar central nos ordenamentos jurídicos, como reação às barbáries causadas pelo nazismo e pelo fascismo. Nesse contexto, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamou em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.”

Sabe-se, contudo, que antes disso, já em 1947 a Constituição italiana fez constar a dignidade como um de seus princípios fundamentais, determinando que “todos os cidadãos tem a mesma dignidade e são iguais perante a lei”²⁴.

Outros Estados também adotaram a dignidade da pessoa humana como princípio orientador de sua atuação. Dentre eles, pode-se citar Portugal, que em 1976 estabeleceu no artigo 1º de sua Constituição: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”²⁵. Em 1978, também a Constituição da Espanha estipulou em seu artigo 10,1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis

²³ GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.* p. 54.

²⁴ Costituzione della Repubblica Italiana: “Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.” Disponível em WWW.URL em: <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>

²⁵ Constituição da República Portuguesa. Disponível em WWW.URL em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”²⁶.

Somente em 1988, a dignidade da pessoa humana foi incorporada, de forma inédita, ao sistema jurídico brasileiro. Dada a relevância do princípio, foi reconhecido no artigo 1º, III, da Constituição, como fundamento da República. Isso acarretou aquilo que Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁷ chamou de “entronização” do princípio, um fenômeno recente baseado na impossibilidade de violação, bem como na integridade e intangibilidade não apenas do indivíduo, mas da espécie humana, o que fez do ser humano o ponto de referência à forma de Estado adotada pela política brasileira. Nas palavras da autora,

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.²⁸

Assim, a dignidade adquiriu importância crucial no ordenamento jurídico brasileiro. Restam, porém, controvérsias quanto à sua natureza, sendo tratada por alguns como princípio jurídico fundamental e por outros como valor supremo, de acordo com a discussão apresentada por José Afonso da Silva²⁹, que adota essa última qualificação.

Vale frisar que, conforme assevera Maria Celina de Moraes, “a dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida”³⁰. Também nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva:

(...) a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos *a priori*, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição, reconhecendo a sua existência e a sua iminência, transforma-a num valor supremo

²⁶ Constitución Española: “Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.” Disponível em WWW.URL em: <http://www.tribunalconstitucional.es/es/constitucion/Paginas/Constitucion1.aspx>

²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 35

²⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* P. 39.

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**, p.147.

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.* p. 115.

da ordem jurídica, quando a declara como um dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.³¹

Por outro lado, embora se reconheça que a dignidade da pessoa humana é uma noção que precede ao Direito, não se discute a necessidade de se construir um conceito jurídico de dignidade com o intuito de evitar violações a esse valor tão caro ao ordenamento jurídico. O Direito mostra-se uma ferramenta importante para se identificar e, sobretudo, coibir ofensas à dignidade, bem como para promovê-la.

Assim, embora o princípio da dignidade da pessoa humana conviva com uma realidade de miséria, de crianças famintas, de pessoas sem moradia, desemprego e muitas outras espécies de violações explícitas ao seu conteúdo, a sua positivação é um dado essencial para que se busque reverter essa situação, conforme registra Cármen Lúcia Antunes Rocha³².

A construção deste conceito não se trata, contudo, de tarefa fácil, uma vez que, conforme afirma Ingo Sarlet “se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por sua ‘ambigüidade e porosidade’, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica (...)”³³.

Manoel Jorge e Silva Neto³⁴ chega a afirmar a impossibilidade completa de se conceituar a dignidade por se tratar de termo que, apesar de servir de ponto de partida para a resolução de controvérsias jurídicas, não é passível de conceituação.

Este não é o entendimento dominante. A doutrina vem tentando elaborar ao longo dos anos os contornos do que venha a ser a dignidade, inobstante se admita a impraticabilidade de uma definição fixa e unânime. Isso em parte se deve ao fato de se tratar de conceito em constante concretização e desenvolvimento ao longo do tempo, de acordo com as preferências valorativas de cada sociedade, de forma que uma definição fixa não atenderia à diversidade de valores existentes.

Em primeiro lugar, é importante destacar que a dignidade é um atributo indisponível inerente a todo ser humano. Isso significa dizer que a dignidade não é passível de qualquer tipo de negociação, renúncia ou alienação. Além disso, não existe pretensão à dignidade, conforme indica Ingo Sarlet:

³¹ SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**, p.146

³² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* p.29.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 39

³⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho**. p. 23.

Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.³⁵

Assim, em conformidade com a premissa do artigo 1º da Declaração Universal da ONU³⁶, toda e qualquer pessoa é dotada de dignidade, ainda que suas ações não sejam tidas como dignas. A pilastra central da noção de dignidade se funda no conceito clássico apresentado por Kant, que tem como elementos essenciais a autonomia/liberdade e o direito de autodeterminação. Nesse diapasão, Maria Celina de Moraes³⁷, entende que o substrato material do conceito, poderia ser dividido em quatro fatores, quais sejam: i) reconhecimento dos demais sujeitos como iguais, ii) respeito à integridade física e moral dos outros, iii) autodeterminação, iv) pertencimento ao grupo social.

Ingo Sarlet³⁸ ainda destaca outro aspecto da noção de dignidade. Para o autor, há uma dimensão defensiva e uma prestacional da dignidade. A primeira funcionaria como limite à atuação do Estado e a segunda como instituidora do dever desse mesmo Estado de preservá-la e promovê-la, possibilitando seu pleno exercício. Além disso, atenta para o fato de que a dignidade da pessoa humana somente deve ser pensada em relação a determinada ou determinadas pessoas em concreto, distinguindo-se nesse ponto da dignidade humana, uma vez que essa última refere-se à humanidade como um todo.

Nesse passo, cabe citar a distinção entre direito à vida digna e direito à existência digna apresentada por Cármen Lúcia Antunes Rocha³⁹, segundo a qual este seria mais amplo que aquele, uma vez que abrangeria não só os direitos à integridade física e psíquica, ao patrimônio genético, à vida privada e à intimidade, à honra, à imagem bem como outros direitos que viabilizam o progresso e equilíbrio pessoal, como direito à cultura, à saúde, à educação, etc.

Ainda buscando delinear os contornos de uma noção de dignidade da pessoa humana com vistas à produção de efeitos jurídicos, faz-se necessário mencionar o caráter intersubjetivo trazido por Kant, de acordo com o qual "(...)

³⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 42.

³⁶ Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.* p. 117.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 47.

³⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* p. 25

se cada qual não se esforçasse por contribuir na medida de suas forças para os fins de seus semelhantes, isso seria apenas uma concordância negativa e não positiva com a humanidade como fim em si mesma”⁴⁰. Reflete-se aí, além do dever de respeito ao outro como um fim em si mesmo, já demonstrado anteriormente, uma necessária contribuição, uma atuação positiva, no sentido de colaborar para os fins das outras pessoas.

Diante desses vários aspectos, Ingo Sarlet apresenta uma definição de dignidade que busca reunir todas as perspectivas mencionadas, qual seja:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴¹

Posto isto, cabe salientar que uma noção jurídica de dignidade sempre dialogará com concepções externas ao direito, absorvendo idéias de outras áreas do conhecimento e valores presentes em cada sociedade, pois “O conceito de dignidade não é apenas jurídico, ou apenas sociológico, ou apenas filosófico, mas contém elementos de todos estes enfoques diversos (...)”, conforme assevera Thereza Gosdal⁴².

Sendo assim, tem-se que não se pode almejar a uma definição geral e abstrata de dignidade que abranja toda a realidade social, apesar disso, os conceitos produzidos poderão contribuir para avaliar a ocorrência de violações no caso concreto e reprimi-las.

A opção por um Estado Democrático de Direito faz com que o princípio da dignidade da pessoa humana oriente todas as ações estatais, tendo em vista os próprios objetivos do Estado através de “políticas públicas que erradiquem do Brasil condições indignas que se põem a nu pela desigualdade social, econômica, regional, pela pobreza e pela miséria, que aviltam e envergonham os que nessa situação se encontram”⁴³.

⁴⁰ KANT, Immanuel. *Op. cit.* p. 61.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 59.

⁴² GOSDAL, Thereza Cristina. *Op. cit.* p. 82.

⁴³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. cit.* p.72.

Por fim, conforme conclui Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴⁴ somente quando o princípio da dignidade da pessoa humana é respeitado, o Estado pode ser considerado democrático.

1.2. VALOR SOCIAL DO TRABALHO.

A Constituição de 1988 estatui em seu artigo 1º, IV que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito que tem como um de seus fundamentos o valor social do trabalho. Essa opção do constituinte revela antes de tudo uma concepção acerca do trabalho. Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, entender o trabalho como valor social é reconhecê-lo como atividade social “destinada a transformar ou adaptar recursos naturais com o fim de produzir bens e serviços que satisfaçam as necessidades individuais e coletivas”⁴⁵.

Essa concepção típica do modo de produção capitalista não era a que vigeu desde a Idade Antiga, quando o trabalho era tido como algo que degradava o homem e inferior ao ócio, às funções militares e à vida contemplativa e, portanto, era relegado aos escravos, que por isso eram tidos como coisas; e, tampouco, aquela concepção difundida com a Idade Moderna, segundo a qual o trabalho era algo divinizado, porém não considerado pelos seus fins⁴⁶.

Maurício Godinho Delgado⁴⁷ assevera que a afirmação da valorização do trabalho (erigida à categoria de fundamento da República), bem como da justiça social, da submissão da propriedade à sua função socioambiental e da dignidade da pessoa humana, é uma característica que diferencia a Constituição de 1988 na história constitucional nacional e que a aproxima das cartas constitucionais mais avançadas da Europa Ocidental. Para o autor, esses quatro valores afirmados pela Constituição tratam-se de verdadeiros princípios constitucionais do trabalho, uma vez que integram o núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição e “atingem de maneira exponencial a dimensão laborativa da existência humana e social”⁴⁸.

⁴⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. p. 39.

⁴⁶ Idem, *ibidem*.

⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho**. p. 168.

⁴⁸ Idem, *ibidem*.

Para Eros Roberto Grau, o valor social do trabalho é, na classificação de José Joaquim Gomes Canotilho, um princípio político constitucionalmente conformador⁴⁹, ou seja, trata-se de um princípio constitucional que explicita “as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte” e traduz “as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição”⁵⁰.

É nesse sentido que Wagner Balera aduz que “ao encarar o trabalho humano como *valor social* já se coloca, de *per si*, certa opção dentro de determinada escala de valores que subjazem a todo e qualquer ordenamento jurídico”⁵¹. Incorporar um valor social ao trabalho humano significa entendê-lo como fonte de realização material, moral e espiritual do obreiro e não como mero fator produtivo⁵².

Wagner Balera⁵³ assevera que uma sociedade que tem como fundamental o valor social do trabalho deve proporcionar plenas oportunidades laborais para os indivíduos e ao mesmo tempo garantir-lhes que possam fazê-lo sem restrições de qualquer espécie. José Afonso da Silva, no mesmo sentido, aduz:

Os *valores sociais do trabalho* estão precisamente na sua função de criar riquezas, de prover a sociedade de bens e serviços e, enquanto atividade social, fornecer à pessoa humana bases de sua autonomia e condições de vida digna. Os *valores do trabalho*, portanto, só se materializam com o direito à livre escolha do trabalho pelo trabalhador, direito a condições equitativas (igualdade de tratamento nas relações de trabalho), direito a uma remuneração que assegure ao trabalhador e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana do trabalhador e de seus familiares.⁵⁴

Maurício Godinho Delgado⁵⁵ combate a visão abstracionista de valor social do trabalho, defendendo que essa noção de trabalho deve ser tida como de trabalho regulado (ou seja, o trabalho submetido à regulamentação e proteção legal), no caso do Brasil tradicionalmente, o emprego é que assume esse papel.

Nesse contexto é que surgem os direitos sociais, a fim de propiciar melhores condições sociais à classe trabalhadora. Entretanto, “não se trata

⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (Interpretação e Crítica). p. 178.

⁵⁰ Respectivamente, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. p. 121 e *Constituição da República Portuguesa Anotada*. p. 42.

⁵¹ BALERA, Wagner. *O Valor Social do Trabalho*. p. 1167.

⁵² SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. p. 24.

⁵³ Idem, p. 1168-1169.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 39

⁵⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 171.

simplesmente de proteger o trabalhador, mas de conduzir as relações sociais necessárias e potencialmente produtivas de riquezas, sem exploração”⁵⁶, desse modo os direitos sociais configuram-se como instrumentos para a construção de uma ordem social mais justa.

A valorização do trabalho goza de tão grande importância na Carta Magna que é por ela enfatizada, já que não é só prevista como princípio fundamental da República, mas também como base da ordem social (art. 193 da CF), fundamento da ordem econômica (art. 170 da CF), além do fato de ser especificada no capítulo dos direitos sociais (arts. 6º e 7º da CF).

A Constituição enuncia também como fundamento da República o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV da CF) e como fundamento da ordem econômica a livre iniciativa (art. 170 da CF). Com tais previsões “a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”⁵⁷.

Contudo, para Eros Roberto Grau, a distinção vocabular utilizada pelo constituinte nos termos *valor social da livre iniciativa* e *livre iniciativa* quer significar que há limites a essa economia de mercado. Com efeito, ao prever que é fundamento da República o *valor social da livre iniciativa* o constituinte se referiu somente àquele conteúdo socialmente valioso da *livre iniciativa*; por sua vez, no art. 170 da CF a livre iniciativa, como fundamento da ordem econômica, é “tomada singelamente e aquele – o trabalho humano – é consagrado como objeto a ser valorizado”⁵⁸. Em outras palavras, os valores do trabalho humano sobrepõem-se aos valores da economia de mercado.

Nesse sentido assevera José Afonso da Silva:

(...) embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV).⁵⁹

De tal maneira, a ordem econômica está estruturada na atividade dos particulares (grupos e pessoas) e não na atividade do Estado. Porém, isto não quer dizer que haja uma “ordem do ‘laissez faire’”, posto que a livre iniciativa se

⁵⁶ PINTO, Airton Pereira. *Direito do Trabalho, Direitos Humanos e a Constituição Federal*. p. 144.

⁵⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 720.

⁵⁸ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 180.

⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 720.

conjuga com a valorização do trabalho humano. (...) Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado”⁶⁰.

A livre iniciativa condiciona-se, contemporaneamente, à função social da empresa, ao dever de propiciar melhores condições de vida e de prestação do labor aos trabalhadores imposto pela valorização do trabalho humano. A conjugação dos valores sociais da livre iniciativa e do trabalho constitui, para Silva Neto, uma opção do constituinte pela ideologia da democracia social, somando à liberdade de iniciativa econômica a atuação estatal em favor da efetivação dos direitos sociais⁶¹.

A justificativa dessa ordem de limites à livre iniciativa reside no fato de o texto constitucional reconhecer “a essencialidade da conduta laborativa como um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social”⁶².

Maurício Godinho Delgado afirma que o trabalho assecuratório de um certo patamar de garantias é o mais importante meio de afirmação comunitária, de afirmação da democracia, de inserção sócio-econômica capitalista, pois é o mais eficaz “garantidor de um mínimo de poder social à grande massa da população, que é destituída de riqueza e de outros meios lícitos de seu alcance”⁶³. Assim, “a finalidade da ordem econômica é a potencialização do ser humano, seja em sua dignidade existencial, seja na substantivação das qualidades que o singularizam”⁶⁴.

Nesse diapasão, a livre iniciativa não pode ser reduzida à mera liberdade econômica ou mera liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é somente a empresa⁶⁵. Na verdade, para Eros Grau⁶⁶, a Constituição opôs à livre iniciativa somente a iniciativa do Estado (embora não a tenha excluído totalmente), mas de forma alguma a atribuiu exclusivamente à empresa. Portanto, a livre iniciativa é liberdade também titularizada pelo trabalho, já que

⁶⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ordem econômica e o controle do Estado**. In: O Estado de São Paulo, edição de 04.06.1989, p. 50. *Apud*. GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 186.

⁶¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Op. cit.* p. 24.

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do Trabalho**. p. 169.

⁶³ Idem, *ibidem*.

⁶⁴ MARQUES, Rafael da Silva. **O valor social do trabalho na ordem econômica**. p. 52.

⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.* p. 182-183.

⁶⁶ Idem. p. 186.

“é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolária da valorização do trabalho livre”⁶⁷.

Valorizar o trabalho humano não implica apenas criar normas protetivas à classe trabalhadora como ocorria no Estado do Bem-Estar Social, mas reconhecê-lo como instrumento de inclusão social e desenvolvimento econômico⁶⁸.

1.3. FUNÇÃO SOCIAL NO CONTRATO DE TRABALHO.

1.3.1. PROPRIEDADE.

A função social da propriedade surge como uma opção conciliatória entre o liberalismo do século XIX, que tinha a propriedade como direito absoluto e era regido pelo individualismo, e os movimentos sociais e cristãos, que defendiam uma relativização do direito de propriedade ou até mesmo sua extinção. O confronto devia-se ao fato de que a Igreja Católica entender à época que o direito não devia proteger a propriedade para alguns de forma exclusiva e, às vezes excessiva, em detrimento de outros que não tinham o mínimo necessário para o atendimento de suas necessidades. Os movimentos sociais, por sua vez, baseavam-se nas desigualdades e injustiças impostas por aquele sistema para defender a adoção do comunismo como sistema de produção. Nesse momento histórico, defendia-se a idéia de que o exercício do direito de propriedade por si só já satisfaria, além dos interesses individuais do proprietário, também os interesses coletivos, como se houvesse uma *mão invisível* a orientar os agentes econômicos.

A partir desse contexto, surge a idéia de função social, como uma tentativa de instituir o equilíbrio entre o direito de propriedade e os fins sociais. Sua introdução nos ordenamentos jurídicos tem como marco a Constituição de Weimar, que em 1919 elevou a função social da propriedade ao status de princípio jurídico, determinando em seu artigo 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.”

No Brasil, a primeira Constituição a utilizar o termo “função social da propriedade” foi a de 1967, seguida pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969, nas quais se lia:

⁶⁷ Idem, *ibidem*.

⁶⁸ MARQUES, Rafael da Silva. *Op. cit.* p. 53.

Art. 157 da CR/67. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...)
III - função social da propriedade;

Art. 160 da EC 01/69. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:
III - função social da propriedade;

A Constituição de 1988 também inseriu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica, mas apresentou uma distinção essencial em relação às anteriores Cartas Políticas, qual seja, a inclusão da função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais, o que revelou a sua adoção como preceito orientador da hermenêutica constitucional e infraconstitucional, conforme salienta Gustavo Tepedino⁶⁹. Além disso, as normas referentes à função social da propriedade passam a ser vistas como mais um elemento da proteção constitucional da pessoa humana, segundo Eroulths Cortiano Junior⁷⁰.

Assim, o ordenamento passou a reconhecer que o exercício do direito de propriedade deve ser destinado a um objetivo social, impondo-se ao proprietário não apenas restrições, mas também deveres positivos, com o intuito de proteger valores fundamentais. Nesse sentido, Luciano Penteado reconhece alguns deveres que são impostos ao proprietário:

atuar i) de modo geral, sem ofender fins da comunidade política em que está estabelecido, determinando diferentes obrigações, sujeições e ônus, como situações jurídicas cujo conteúdo é o respeito ao meio ambiente sadio e equilibrado, bem como atender a certos fins transindividuais, como a paz; ii) de modo específico, quando titular de bens de produção, otimizando sua capacidade geradora, a fim de que compartilhe o benefício com a coletividade em que se insere.⁷¹

Considerando que a função social constitui elemento orgânico pertencente ao próprio conceito de direito de propriedade, o proprietário que não cumpre a função social não merecerá a tutela do ordenamento jurídico ao seu direito. Deste modo, o direito de propriedade só é garantido pela Constituição desde que respeitada sua função social.

⁶⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional**. in Estudos Jurídicos, obra editada pelo Instituto de Estudos Jurídicos, RJ, 1991, coord. James Tubenchlak e Ricardo Bustamante, p. 314 Apud GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. p. 412.

⁷⁰ JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. p. 184.

⁷¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. p. 187.

Leon Duguit⁷² defende a idéia de que o direito de propriedade é um poder atribuído ao proprietário para que realize determinada função social, sendo justificado e limitado por essa missão. Acaba assim, por negar a propriedade como direito subjetivo⁷³.

A função social, porém, não representa uma violação ao conteúdo da propriedade. O proprietário não perde a titularidade sobre a coisa, tampouco o seu poder de usar, gozar, fruir e dispor sobre ela. Mas a lei determinará os contornos de seus comportamentos, afim de que função social seja alcançada. O direito subjetivo é mantido, até porque protegido pela Constituição⁷⁴, sendo a ele atribuída uma destinação favorável aos interesses da coletividade que, em não sendo atendida poderá ensejar sanções. Como assevera Gondinho:

A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício, pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isto significa que a propriedade, embora concebida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.⁷⁵

Nesse sentido, a propriedade que não alcance o fim social ao qual foi destinada violará o artigo 5º, XXIII da Constituição Federal⁷⁶, sendo entendida como “socialmente funcional a propriedade que, respeitando a dignidade humana, contribuir para o desenvolvimento nacional, para diminuição da pobreza e das desigualdades sociais”, como esclarece o autor⁷⁷.

Luciano Penteado, afirma ainda que pelo fato de se tratar de uma cláusula geral, a função social da propriedade tem um maior grau de generalidade que outros tipos de normas. As normas pertencentes a essa categoria são delimitadas de maneira mais precisa diante de um caso concreto, já que muitas vezes a sua redação não define exatamente como serão aplicadas.

Em que pese essa característica de cláusula geral, a Carta Magna foi bastante específica ao estabelecer os critérios para o atendimento da função

⁷²Nesse sentido, vide PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. p. 186 e SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. p. 132

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XXII - é garantido o direito de propriedade;

⁷⁵GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. p. 418

⁷⁶ Art. 5º, XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

⁷⁷GONDINHO, André Osório. *Op. cit.* p. 413.

social da propriedade rural^{78 79} e delegou ao legislador ordinário a delimitação dos requisitos para o cumprimento da função social da propriedade urbana⁸⁰.

1.3.2. EMPRESA E CONTRATO.

A função social da propriedade também se aplica ao instituto da empresa. Como observa Rodrigo Trindade de Souza, “o fenômeno empresarial não fica, no Estado Social, alienado e divorciado dos valores da sociabilidade”⁸¹.

Nesse sentido, José Afonso da Silva⁸² defende que por força da previsão do artigo 5º, XXIII da CF, de que a propriedade atenderá a sua função social, todo e qualquer tipo de propriedade estaria adstrito ao cumprimento de uma função social, não diferente ocorre com a empresa. Isso fica ainda mais evidente quando se tem a função social da propriedade como princípio da ordem econômica.

É importante destacar que o Estado Social contribuiu para o desenvolvimento do tradicional conceito de propriedade do Direito Civil que se tornou mais amplo e passou a abranger em seu conteúdo também a noção de empresa⁸³. Assim, na medida em que ocorreu a funcionalização da propriedade, a empresa não pode ser entendida como direito individual, pois se

⁷⁸ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

⁷⁹ A chamada desapropriação-sanção é aquela prevista pela Constituição para a propriedade que não cumpra sua função social, e no caso da propriedade rural vem disciplinada no artigo 184. Esta espécie de desapropriação não se confunde com a do artigo 5º, XXIV que tem como fundamento a necessidade ou utilidade pública ou ainda o interesse social.

⁸⁰ Quanto imóveis urbanos, a Constituição de 1988 determina em seu artigo 182, § 2º que “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” De acordo com o caput do mesmo artigo, o objetivo da política de desenvolvimento urbano é “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”

⁸¹ SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. p. 136.

⁸² SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.745.

⁸³ Nesse sentido, afirma Paulo Luiz Netto Lobo: “A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre as coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais.(...)Todas essas dimensões de propriedade estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social”. LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. p. 107.

atribuíram a ela finalidades eminentemente sociais, como o consumo, geração de emprego, de renda, de produtos e serviços, tributos, etc.

Assinala José Afonso da Silva que:

A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica.⁸⁴

Assim, passou-se à concepção de empresa socialmente responsável, na qual o dever do Estado de atuar no sentido da buscar condições de vida digna aos indivíduos também se estende à atividade empresarial. O bem comum e os interesses coletivos devem predominar em relação aos interesses particulares. Nesse sentido, assevera Eros Roberto Grau:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade.⁸⁵

A função social da empresa tem especial importância no Direito do Trabalho. Para José Affonso Dallegrave Neto⁸⁶, em virtude do desemprego, esse instituto deve ser exercido também por meio da observância dos valores constitucionais do trabalho, como respeito aos direitos trabalhistas e geração de empregos.

Rodrigo Trindade de Souza apresenta posicionamento semelhante ao afirmar que “é no Direito do Trabalho que a função social da empresa e do contrato (...) mostra-se mais dramática. Em especial, devido à permanente situação de prevalência da empresa-empregadora na definição do regulamento do contrato de emprego”⁸⁷.

⁸⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p.745.

⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 213.

⁸⁶ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. p. 269.

⁸⁷ SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. p. 138.

No que concerne ao contrato, afirma Thais Poliana de Andrade⁸⁸ que sua função social está fortemente ligada ao conceito de função social da propriedade, uma vez que o contrato é o instrumento através do qual circula a propriedade e a função social do contrato se inspira nas normas constitucionais que prevêm a função social da propriedade. Em razão desse vínculo, seria adequada uma análise conjunta dos dois institutos.

No sentido da necessária imbricação dos institutos também era o entendimento de Miguel Reale, já que para o autor “a realização da função social da propriedade somente se dará se igual princípio for estendido aos contratos, cuja conclusão e exercício não interessam somente às partes contratantes, mas a toda a coletividade”⁸⁹.

Nas últimas décadas do século XIX, as necessidades da classe trabalhadora, bem como de todo o grupo social mais humilde se agravaram em decorrência do aumento da miserabilidade e também do não atendimento às condições mínimas para uma vida digna. Conforme já referido, essa realidade social atingiu o conceito que se tinha do direito de propriedade, mas também ensejou profundas alterações nas relações contratuais.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, que assolou muitos países europeus, entrou em xeque a eficácia dos institutos políticos e jurídicos do Estado Liberal, vigente à época. Este era caracterizado por uma mínima intervenção nas relações privadas, e suas funções se restringiam à proteção contra ameaças externas e a vigilância da ordem social, sendo por isso denominado de Estado Mínimo.

Os contratos eram orientados pela autonomia privada e pela liberdade contratual, tida como reflexo da liberdade individual, de acordo com as quais as partes podiam pactuar o que lhes conviesse, de forma que por força de sua vontade livre seriam criados direitos e obrigações. O contrato formaria lei entre as partes.

Assim, “tanto a liberdade de contratar como seu efeito obrigatório encontram justificativa na autonomia da vontade, e o contrato sintetiza-se no consenso”⁹⁰. Por esse motivo, vigia o princípio da relatividade dos efeitos dos

⁸⁸ ANDRADE, Thais Poliana. **Novas Perspectivas para a Contratualidade no Direito do Trabalho: Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional**. p. 140.

⁸⁹ REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em WWW.URL em: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm Acesso em: 20 jul. 2009.

⁹⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A tutela externa do crédito e a função social do contrato: possibilidades do caso “Zeca Pagodinho**. p. 328.

contratos segundo o qual as obrigações decorrentes dos contratos não poderiam produzir qualquer efeito sobre terceiros, já que estes não teriam consentido livremente para isso.

Com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, surgem as primeiras bases do Estado Social, que é marcado pelo intervencionismo estatal, decorrente de preocupações econômicas, políticas e sociais. Essa nova configuração dos Estados fez com que a autonomia da vontade e a liberdade contratual, princípios centrais na teoria dos contratos até então, sofressem um grande enfraquecimento.

Segundo Leonardo Mattietto,

A diminuição da intensidade da autonomia privada, diante do dirigismo estatal e da prática cada vez mais freqüente dos contratos de adesão, operou o enfraquecimento da ideologia do contrato como fruto da liberdade individual. Embora já se tenha afirmado o declínio e até mesmo a morte do contrato, na realidade há a sua transformação para atender a novas realidades e desafios vividos pela sociedade.⁹¹

Conforme salienta Rogério Zuel Gomes⁹², a partir desse momento histórico, busca-se distinguir a igualdade formal⁹³ direcionada aos burgueses, fruto das revoluções do século XVIII e a igualdade material, que considera a desigualdade fática entre os cidadãos das diversas classes da sociedade, atribuindo ao Estado a tarefa de corrigir essas disparidades por meio da promoção de iguais oportunidades a todos.

No Brasil, a função social do contrato foi prevista de forma expressa pela primeira vez no artigo 421 do Código Civil de 2002, embora a Constituição de 1988 já fosse orientada por princípios solidaristas que apontam para a função social do contrato, vez que tem como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e como fundamentos do Estado a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Também o artigo 170, *caput*, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, apresenta premissas voltadas à idéia de função social, buscando evitar qualquer prejuízo à comunidade decorrente desta atividade, da

⁹¹ MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. p.175.

⁹² GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. p.51.

⁹³ Sobre a igualdade formal, vale mencionar o entendimento de Enzo Roppo (**O Contrato**): “a igualdade jurídica é só igualdade de possibilidades abstratas, igualdade de posições formais, a que na realidade podem corresponder – e numa sociedade dividida em classes correspondem necessariamente – gravíssimas desigualdades substanciais, profundíssimas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contraentes que detêm riqueza e poder e contraentes que não dispõem senão da sua força de trabalho.”

qual o contrato é instrumento. Nesse aspecto, Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que “a ordem econômica se realiza mediante contratos”⁹⁴.

Em que pese a presença de dispositivos voltados para o solidarismo no texto constitucional, a positivação da função social do contrato no artigo 421 do Código Civil foi importante para sua concretização, visto que sua aplicação era limitada pela ausência de uma previsão legal expressa.

De acordo com o entendimento de Rodrigo Trindade de Souza⁹⁵, a função social do contrato foi inserida no Código Civil, como cláusula geral, de forma que possui elevado grau de generalidade. O preenchimento de seu conteúdo no caso concreto incumbirá ao intérprete através da utilização de princípios jurídicos encontrados no ordenamento. Nesse sentido, Judith Martins Costa⁹⁶ classifica a cláusula geral da função social como restritiva e regulativa, uma vez que além de limitar a liberdade contratual, integra o próprio conceito de contrato.

Para Paulo Nalin⁹⁷, a função social do contrato seria formada por um elemento intrínseco e outro extrínseco. O primeiro refere-se ao respeito, pelos contratantes de princípios decorrentes da cláusula de solidariedade presente na Constituição, em especial a boa-fé objetiva, igualdade material e equidade, sem qualquer relação, em princípio com terceiros. Já o elemento extrínseco dá-se pelo rompimento do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, implicando um exame dos reflexos produzidos por eles nas relações sociais e, portanto, envolve interesses externos à relação contratual das partes.

No que diz respeito à igualdade material, a condição social e econômica das pessoas que contratam deve ter relevância. É o entendimento de Leonardo Mattietto⁹⁸ ao concluir que é necessária uma análise contratual que privilegie a proteção da pessoa. Segundo o autor, deve-se considerar a hipossuficiência e a pobreza de uma das partes para que se observe a cláusula geral de tutela da personalidade humana da Constituição, que é posta em nível superior no ordenamento brasileiro.

⁹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do direito civil*. p. 107.

⁹⁵ SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Função social do contrato de emprego*. p. 116.

⁹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. p. 323

⁹⁷ NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno* (Em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional). p. 226.

⁹⁸ MATTIETTO, Leonardo. *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. p. 181.

Conforme destaca Eduardo Sens dos Santos⁹⁹, além do equilíbrio entre os contratantes, a função social também deve ser entendida como o exercício de contratar de forma que melhor se alcance o bem comum e a justiça social.

Nas palavras de Rodrigo Trindade de Souza:

A funcionalização do contrato é a vinculação que o instituto de Direito Privado passa a ter com os programas de solidariedade e dignidade humana do Estado Social; de valorização da igualdade material entre os atuantes do contrato em resguardo aos interesses da comunidade. A afirmação de uma função social exclusivamente individual para o contrato é incompatível com o Estado Social.¹⁰⁰

Assim, conforme destaca Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁰¹, somente o contrato que cumpra seu fim social, vinculando os interesses particulares a esse fim e que leve em conta as disparidades entre os contratantes poderá ser reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro.

Posto isso, cabe salientar ainda que, apesar de a autonomia privada ainda vigorar no campo contratual, a noção de função social revela a preponderância dos interesses coletivos sobre os individuais. Mas não se trata, contudo, do mesmo preceito conhecido há tempos no Direito Administrativo. Segundo Rogério Gomes¹⁰², no âmbito da função social do contrato, essa prevalência aparece como garantia constitucional imposta com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais produzidas pelo Estado Liberal que se abstinha de intervir nas relações entre particulares, numa posição tida como neutra.

Por fim, uma das grandes discussões no que concerne a função social do contrato é a relativa às consequências de seu descumprimento. Isso porque o Código Civil não estabeleceu quais as consequências nessa hipótese, restando essa tarefa para a doutrina. Esta, por sua vez, mostra-se bastante dividida. Há quem entenda a função social como pressuposto de existência do negócio jurídico, e outros como pressuposto de validade.

No que atine especificamente ao contrato de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho não prevê o instituto da função social. Ainda que o citado diploma não seja um código, mas uma consolidação, de certa forma sempre foi

⁹⁹ SANTOS, Eduardo Sens. **A função social do contrato**. Florianópolis: OAB/SC, 2004, p. 156-158. Apud PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Op. cit.* p. 331.

¹⁰⁰ SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Função social do contrato de emprego**. p. 126.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil**. p. 107.

¹⁰² GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. p. 92.

tido como um microssistema fechado. Contudo, a doutrina propugna a aplicação na seara trabalhista dos avanços do Direito Civil. Para tanto, fundamenta-se no artigo 8º, parágrafo único da CLT, que prevê que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, naquilo que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, para aplicar o artigo 421 do Código Civil ao contrato de trabalho. Segundo Rodrigo Trindade de Souza, essa medida constitui uma revitalização estratégica do dispositivo celetista supracitado e demonstra um intento de superação do caráter meramente instrumental-econômico do contrato de emprego e uma afirmação da dignidade do indivíduo trabalhador¹⁰³.

Além disso, dada a centralidade da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, os princípios que ela contém e que inspiram a idéia de função social do contrato se espraiam para todos os ramos do direito, inclusive o direito do trabalho. Como constata Paulo Nalin, “a aplicação do comando constitucional não está a depender desta ou daquela localização do contrato, neste ou naquele ordenamento infraconstitucional”¹⁰⁴.

Segundo Thaís Poliana de Andrade, toda análise da função social do contrato de trabalho deve ter como pressuposto a idéia de que este contrato não se resume a uma ferramenta de regularização entre capital e trabalho ou então a um mero instrumento de circulação de riquezas¹⁰⁵.

A função social do contrato de trabalho implica uma limitação à liberdade contratual. As partes não podem pactuar o que lhes convier, já que lhes é imposto o dever de observar a legislação trabalhista. Isso se dá em virtude de ser inerente ao contrato de trabalho a figura do trabalhador hipossuficiente¹⁰⁶, que não pode ter violados seus direitos em consequência de sua sujeição ao poder econômico do empregador. O contrato deve ser pensado como reafirmação da dignidade humana. Nesse sentido, “é preciso reconhecer as potencialidades emancipatórias e dignificantes deste contrato ao assegurar

¹⁰³ *Op. cit.* p. 143.

¹⁰⁴ NALIN, Paulo. *Op. cit.* p. 248.

¹⁰⁵ *Op. cit.* p. 150.

¹⁰⁶ Sobre o assunto vale citar o entendimento de Enzo Roppo: “O empresário com pleno controle do mercado de trabalho e o operário que, junto deste, procura emprego são juridicamente iguais, e igualmente livres – num plano formal – de determinar o conteúdo do contrato de trabalho. Mas é evidente (e a história de toda uma fase de desenvolvimento do capitalismo documenta-o de modo muitas vezes trágico) que o segundo, se não quiser renunciar ao trabalho e, consequentemente, à sua própria subsistência, estará sujeito a suportar (pelo menos até que surjam adequadas providências << limitativas da liberdade contratual >>) todas as condições, até as iníquas, que lhe sejam impostas pelo primeiro”. *Op. cit.* p. 37

uma vida digna ao trabalhador e a sua família, o auto-respeito e o orgulho do cidadão honesto que garante seu bem-estar com os frutos de seu trabalho”¹⁰⁷.

Como afirma Dinaura Godinho Pimentel Gomes¹⁰⁸, o empregado na execução do contrato de emprego titula tanto direitos fundamentais inerentes à sua condição de cidadão como direitos fundamentais decorrentes da sua condição de empregado. Os direitos do cidadão não podem ser esquecidos quando ele figura numa relação de emprego.

Afora este aspecto interno da função social do contrato de trabalho, este instituto visa a que a liberdade contratual seja pensada também no interesse coletivo da sociedade¹⁰⁹. Nesse sentido, a doutrina¹¹⁰ entende que o contrato de trabalho que se dá em condições de supressão de benefício ou precarização de direito produz efeitos na coletividade em pelo menos dois âmbitos: na família do trabalhador, que tem no seu trabalho a fonte das condições mínimas para uma existência digna e nos trabalhadores desempregados de mesma categoria, que, para retornar ao mercado de trabalho, não terão outra alternativa senão se submeter a condições de trabalho idênticas.

Apesar disto, ao contrato de trabalho estipulado fora da moldura da função social não seria adequado estabelecer como consequência a inexistência ou a invalidade, como se vê no Direito Civil. Isso porque tais consequências seriam danosas ao trabalhador, já que, uma vez entregue sua força de trabalho, esta não lhe poderá ser devolvida. Além de que essas medidas resultariam em desemprego do trabalhador. Por esses motivos, afirma Thais Poliana de Andrade que, em caso de descumprimento da função social do contrato de trabalho, apenas o ato violador do instituto não produziria todos os seus efeitos, de forma a manter o contrato existente e válido.

¹⁰⁷ ANDRADE, Thais Poliana. *Op. cit.* p. 150.

¹⁰⁸ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A constitucionalização do Direito do Trabalho: interpretação e aplicação das normas trabalhistas para a efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito à dignidade da pessoa humana.** p. 29.

¹⁰⁹ ANDRADE, Thais Poliana. *Op. cit.* p. 150.

¹¹⁰ SOUZA, Rodrigo Trindade de. *Op. cit.* p.153 e ANDRADE, Thais Poliana de. *Op. cit.* p.152

2. A DISPENSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

2.1. NOÇÃO DE DISPENSA.

Dentre as formas de extinção da relação de trabalho, é provável que a que gere maior polêmica é a ruptura do contrato por iniciativa do empregador, chamada dispensa, despedida ou despedimento. A dispensa é conceituada por Amauri Mascaro Nascimento como “ruptura do contrato de trabalho por ato unilateral e imediato do empregador, independente da vontade do empregado”¹¹¹. Pode se dar sem ou com justa causa. Nesta última hipótese, uma ação ou omissão do empregado, prevista em lei e contrária às suas obrigações torna insustentável o vínculo empregatício, de forma que o empregador poderá dispensá-lo. A dispensa sem justa causa, por sua vez, é aquela na qual o empregador extingue o vínculo sem que o empregado tenha ensejado, pela prática de alguma das condutas elencadas no artigo 482 da CLT (além de outros dispositivos esparsos como os artigos 158, 240, 432, 508 da CLT e 14 da Lei 7.783/89¹¹²), a justa causa.

Conforme assevera Amauri Mascaro Nascimento¹¹³, a concepção clássica da teoria da dispensa defende a idéia de dispensa como direito potestativo do empregador, podendo este com ou sem motivo terminar o contrato a seu critério. Fundada na propriedade privada da empresa, essa teoria apregoa que pelo fato de o empregador ser o proprietário dos bens de produção, teria a liberdade irrestrita de rescindir os contratos de trabalho. Este ato jurídico seria absoluto, não passível de intervenções externas. Prossegue o autor afirmando que uma consequência produzida por essa teoria é a igualdade entre as partes do contrato. Como ambos os contratantes ocupam situações jurídicas idênticas, como são sujeitos do mesmo vínculo, não se justificaria tratamento diversificado a algum deles. Assim, como não se pode negar ao empregado o direito de extinguir a relação, também não seria possível negá-lo ao empregador.

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. p.724.

¹¹² Sobre as hipóteses de justa causa afirma Maurício Godinho Delgado: “A ordem jurídica brasileira inspira-se, inequivocamente, no critério *taxativo*. Nessa linha, a legislação trabalhista prevê, de modo expresse, as figuras de infrações trabalhistas. Realiza previsão exaustiva, fiel ao princípio de que inexistiriam infrações além daquelas formalmente fixadas em lei.” DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 1089.

¹¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 725.

Atualmente essa concepção de igualdade entre os contratantes, de certa forma ainda mantida no Direito Brasileiro, não persiste no moderno direito do trabalho. Leis estrangeiras (especialmente de países europeus) concernentes ao assunto, cuja diretriz é o proteção do empregado, limitam a liberdade de o empregador rescindir o contrato. Nesse sentido, afirma Amauri Mascaro Nascimento que “os sistemas jurídicos restringem a liberdade do empregador, rompendo a simetria antes existente entre as partes do contrato. Quebra-se, assim, a pretensa igualdade, meramente formal, entre empregado e empregador, na desconstituição do vínculo (...)”¹¹⁴.

No Brasil, a proteção do empregado contra a dispensa é mais frágil. Rodrigo Trindade de Souza chega a afirmar que “não existe no Brasil uma sistemática proteção de emprego”¹¹⁵. Isso ocorre porque, ao contrário de países cujo direito é mais avançado, o Estado brasileiro manteve a prerrogativa patronal de romper o contrato de emprego imotivadamente. Para a maior parte da doutrina trata-se direito potestativo, caracterizado, portanto, pela capacidade de seu titular ativo constituir, modificar ou extinguir a relação jurídica, atingindo a esfera jurídica do titular passivo sem que seja necessária a atuação deste, ao qual caberá apenas sujeitar-se aos efeitos produzidos. Além disso, a dispensa teria natureza receptícia, pois somente produziria efeitos quando chegasse ao conhecimento dos seus destinatários¹¹⁶.

Contudo, essa prerrogativa não é absoluta, como assegura Leonardo Wandelli:

O que se quer salientar, apenas, é que, uma vez concebido o direito de despedir mediante o pagamento de indenização como um direito potestativo *prima facie* do empregador e estabelecida a sua amplitude em abstrato, isso não significa que seu exercício concreto seja impermeável a constrições advindas do restante das normas válidas do ordenamento, ante as quais são potencialmente relevantes dados como os motivos, critérios e efeitos de seu exercício.¹¹⁷

Há circunstâncias em que a Constituição Federal ou as leis infraconstitucionais impõem óbices ao despedimento. Para Maurício Godinho Delgado¹¹⁸, esse sistema protetivo é formado por quatro grupos principais, quais sejam: as restrições aos contratos a termo, os institutos da estabilidade e

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 744.

¹¹⁵ SOUZA, *Op. cit.* p. 183.

¹¹⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* p. 250.

¹¹⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva.* O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. p. 335.

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho.* p. 1016.

garantia de emprego, as proteções jurídicas nos casos de interrupção e suspensão contratuais e a exigência de uma motivação mínima para as dispensas. Quanto ao último ponto, o autor ainda aponta para a quase inexistência de normas juslaboralistas que lhe dêem amparo.

2.2. ARTIGO 7º, I DA CF.

Após grande discussão acerca do tema da estabilidade jurídica no emprego, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa como um dos direitos trabalhistas. Contudo, a redação empregada, como se vê a seguir, não abrandou a polêmica da questão:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Cabe, inicialmente, apenas a título de esclarecimento, uma vez que esse tema será melhor abordado adiante, elucidar a distinção entre as figuras da despedida sem justa causa e da despedida arbitrária. Despedida sem justa causa é aquela ruptura do contrato de trabalho pelo empregador sem a configuração de justa causa nas hipóteses legais (em especial, o art. 482 da CLT). Despedida arbitrária ocorre quando não há justa causa, nem tampouco motivos tecnológicos, econômicos e financeiros que a justifiquem¹¹⁹.

Conforme leciona José Afonso da Silva, o direito de o trabalhador conservar sua relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa é o que traduz a expressão garantia de emprego¹²⁰. Garantia de emprego não se confunde com estabilidade no emprego (circunstância que impede seu despedimento pela simples vontade do empregador), visto que esta é apenas uma das espécies daquela (conjunto de medidas governamentais com o objetivo de que todos tenham trabalho).

Segundo a doutrina e jurisprudência majoritárias, com a redação dada ao inciso I do art. 7º da CF, manteve-se no direito brasileiro a prerrogativa patronal de romper o contrato de emprego imotivadamente. Para esse grupo, a

¹¹⁹ ROMITA, Arion Sayão. *Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos*. p. 27.

¹²⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 281.

ruptura da relação empregatícia por parte do empregador trata-se direito potestativo, ao qual caberá o empregado apenas se sujeitar aos efeitos decorrentes.

Esse entendimento fundamenta-se basicamente em dois argumentos¹²¹:

a) o dispositivo necessita de regulamentação, tendo em vista a referência que faz à lei complementar; b) o direito do trabalhador limita-se à indenização compensatória, que hoje é fixada pelo art. 10, I do ADCT¹²².

Quanto ao primeiro dos argumentos, a necessidade de regulamentação por lei complementar que inviabilizaria o exercício da prerrogativa constitucional, José Afonso da Silva entende que a norma em cotejo que prevê a garantia de emprego é em si bastante para gerar seus efeitos, isto é, tem aplicabilidade imediata¹²³. A lei complementar apenas deverá determinar os limites da eficácia da norma, o que significa dizer que se trata de uma norma de eficácia contida.

Por sua vez, Jorge Luiz Souto Maior assevera:

Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia constitucional dos trabalhadores. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional.¹²⁴

Em relação ao segundo argumento – a idéia de que o direito dos trabalhador está restrito à indenização compensatória –, José Afonso da Silva rebate-o afirmando que a lei complementar poderá prever além da indenização compensatória, estabilidade no emprego uma vez que a primeira não é garantia de emprego, mas tão somente medida compensatória pela sua perda¹²⁵. No mesmo sentido, Arnor Lima Neto:

Assim, intolerável que a dissolução do pacto laboral fique sujeita ao arbítrio patronal ou que seja pacificamente aceita

¹²¹ LIMA NETO, Arnor. *A proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa do trabalhador brasileiro no contexto dos direitos fundamentais e sua efetividade*. p. 58.

¹²² Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

“Art. 10. Até que seja promulgada a Lei Complementar a quês e refere o art. 7º, I, da Constituição:

I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966.

¹²³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 281.

¹²⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT*. p. 48.

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 281.

como inerente ao domínio empresarial, permitindo-se que seja substituída por uma indenização, quase sempre em valor ínfimo e pouco representativo, prevista nos moldes do art. 10, I do ADCT, e que, com efeito, não leva em conta a verdadeira extensão do dano que sofre o empregado.¹²⁶

Contudo, esse não é o posicionamento da doutrina majoritária, à qual se filiam Arion Romita e Arnaldo Süssekind¹²⁷, que entende que se a Constituição prevê indenização a ser estabelecida por lei complementar, de forma implícita descartou a estabilidade como regra geral.

Washington Luiz da Trindade, compartilhando do entendimento majoritário, extrai do texto constitucional a conclusão de que a previsão de indenização compensatória tem justamente o condão de admitir o despedimento arbitrário na ordem jurídica nacional:

o dispositivo, como foi concebido, (...) é anódino, a partir de quando, ao prever indenização compensatória, já reconhece e admite a possibilidade do rompimento arbitrário do contrato, ainda que seguido da reparação de dano pela forma pecuniária.

Assim o dispositivo é realmente fantasioso, não acrescenta forma nova ao texto consolidado e não contém qualquer *válvula de segurança* do emprego.¹²⁸

Além disso, Washington Luiz da Trindade¹²⁹ enxerga na previsão do regime do fundo de garantia (art. 7º, III da CF), uma evidente antinomia com a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Todavia, José Afonso refuta esta idéia fazendo a distinção entre garantia de emprego e garantia de tempo de serviço (que é o que prevê o art. 7º, III da CF). Este último é um direito autônomo e não uma alternativa à estabilidade. Além disso, não visa a proteger o obreiro do desemprego involuntário (finalidade do seguro-desemprego, art. 7º, II da CF), mas que poderá servir conforme regulamentação como uma

espécie de patrimônio de patrimônio individual do trabalhador que servirá para suprir despesas extraordinárias para as quais o simples salário não se revele suficiente, como, por exemplo, aquisição de casa própria, despesas com doenças graves, casamento, etc.¹³⁰

Por fim, a doutrina minoritária enuncia:

¹²⁶ LIMA NETO, Arnor. *Op. cit.* p. 58.

¹²⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Proteção contra a despedida arbitrária*. p. 23-27.

¹²⁸ TRINDADE, Washington Luiz da. *Os mecanismos reequilibradores da despedida arbitrária*. p. 71.

¹²⁹ Idem, *ibidem*.

¹³⁰ SILVA, José Afonso. *Op. cit.* p. 282-283.

Ora, então, diante do *status* atribuído ao trabalho no contexto constitucional, a interpretação do contido no art. 7º, I da Constituição federal não pode ser outro senão o que lhe dê a maior eficácia possível, eficácia consubstanciada na generalização da garantia de emprego contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa a todos os trabalhadores empregados, como única forma de concretizar-se a proposta de instituição do Estado Democrático idealizado pela Constituição Federal de 1988.¹³¹

Para essa parcela da doutrina, interpretação diversa afrontaria a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa humana constitucionalmente asseguradas.

2.3. ESTABILIDADE E GARANTIA DE EMPREGO.

Destacam-se no sistema protetivo contra despedida imotivada, as restrições ligadas à estabilidade e às garantias de emprego. Existem, na doutrina, diversos entendimentos sobre o conteúdo e sobre as classificações desses institutos.

No que diz respeito às garantias de emprego, é interessante a noção apresentada por Wagner Gusmão Reis Jr., segundo a qual se trata de “conjunto de mecanismos de equalização social, através do qual se impõe ou se estimula a criação ou manutenção de postos de emprego”¹³². Seu objetivo seria reduzir as desigualdades sociais, através do incentivo ao acesso e permanência daqueles que por razões socioeconômicas têm dificuldades de ingressar ou de se manter no mercado de trabalho. Assim, as garantias de emprego têm em vista a efetivação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, já que do trabalho provém a fonte de subsistência do núcleo familiar.

Como exemplos de instrumentos de garantia de emprego no ordenamento jurídico brasileiro, o autor cita o incentivo à contratação de menores aprendizes, a imposição de contratação de cotas de empregados com mais de 40 anos de idade (não mais existente no Brasil) e a indenização compensatória de 40% do FGTS no ato da dispensa sem justa causa. Dessa forma, tem-se que com as garantias de emprego almeja-se não só incentivar certas contratações, como bem salienta Wagner Gusmão Reis Jr., mas também que o

¹³¹ LIMA NETO, Amor. *Op. cit.* p. 55.

¹³² REIS JR, Wagner Gusmão. *Garantia de Emprego ao Portador do vírus da AIDS*. p. 3-4.

empregador esteja ciente da função social do contrato de trabalho e das conseqüências trazidas por sua ruptura. Entende o autor, nesse contexto, que a estabilidade é um dos meios de garantia à continuidade da relação de emprego.

De acordo com Maurício Godinho Delgado¹³³, a estabilidade e as garantias de emprego são figuras muito próximas pelo fato de ambas funcionarem como limitações à possibilidade de o empregador romper o contrato de trabalho. Apesar disso, elas não se confundem. Para o autor, a estabilidade é uma vantagem de caráter permanente atribuída ao empregado e decorre de uma circunstância tipificada com o intuito de manter o contrato por tempo indeterminado. Já a garantia de emprego (também conhecida na doutrina como estabilidade provisória ou temporária) tem caráter transitório e é conferida ao empregado em virtude de circunstância contratual ou pessoal do mesmo, com vistas a manter o vínculo por período de tempo determinado. Ambas independem da vontade do empregador.

Amauri Mascaro Nascimento¹³⁴ adota posicionamento diverso sobre o assunto. O autor distingue estabilidade *do* emprego de estabilidade *no* emprego, sendo a primeira conceituada como medidas governamentais com o objetivo de que todos tenham trabalho e a segunda, como o direito de o empregado ter seu vínculo mantido, ainda que não seja essa a vontade do empregador. Segundo o autor, a estabilidade *no* emprego divide-se em estabilidade definitiva, que se aplica por toda a relação de emprego e estabilidade provisória, que só produz efeitos enquanto persistir a causa que a gerou.

Tomando por base a conceituação de Amauri Mascaro Nascimento de estabilidade *no* emprego, tem-se que a estabilidade definitiva surgiu no ordenamento jurídico brasileiro por meio da estabilidade decenal, inicialmente vinculada à legislação previdenciária. Nesse sentido, a Lei Elói Chaves (Decreto 4.682 de 24 de janeiro de 1923), que instituía caixas de aposentadorias e pensões aos ferroviários, determinava em seu artigo 42:

Artigo 42. Depois de 10 anos de serviços efetivos, o empregado das empresas a que se refere a presente lei só poderá ser demitido no caso de falta grave constatada em inquérito administrativo, presidido por engenheiro da Inspetoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1018.

¹³⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 750.

Conforme evidenciam Wilson Batalha e Sílvia Rodrigues Netto¹³⁵, em 1º de outubro de 1931, o Decreto nº 20.465, artigo 53, estendeu a estabilidade aos empregados das empresas de transporte, luz, força, telefone, telégrafos, portos, águas e esgotos. Com o Decreto nº 22.096 de 16 de novembro de 1932 se estendeu também às empresas de mineração. Em seguida, em 29 de junho de 1933, foi criada a estabilidade dos marítimos com o Decreto nº 22.872 que instituiu o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos. Com a criação de outro Instituto de Aposentadoria e Pensões, agora o dos Industriários e dos Comerciantes, surgiu a estabilidade dessas classes por meio do Decreto nº 24.273, de 22 de maio de 1934. Em 9 de julho do mesmo ano é criada a estabilidade dos bancários, por meio do Decreto nº 24.615, que estipulava em seu artigo 15 a estabilidade dos bancários com apenas dois anos de prestação de serviços.

Com a Lei nº 62 de 5 de junho de 1935 houve a generalização da estabilidade para os empregados urbanos, conforme previsto no artigo 10 da referida lei:

Artigo 10. Os empregados que ainda não gozarem da estabilidade que as leis sobre institutos de aposentadorias e pensões têm criado, desde que contem dez anos de serviços efetivo no mesmo estabelecimento, nos termos desta lei, só poderão ser demitidos por motivos devidamente comprovados de falta grave, desobediência, indisciplina ou causa de força maior, nos termos do art. 5º.

Conforme assevera Amauri Mascaro Nascimento, a razão do surgimento da estabilidade nessas diversas leis previdenciárias seria a necessidade de arrecadar fundos para os órgãos que eram criados por essas leis. Assim, com a obrigatoriedade de se manter o contrato de trabalho, era assegurada a renda obtida com as contribuições previdenciárias de empregados e empregadores. Nas palavras de José Martins Catharino, tratou-se de “uma providência em favor da previdência”¹³⁶.

A Constituição de 1937 manteve o instituto da estabilidade, o que também ocorreu com Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943, em seu artigo 492, e com a Constituição Federal de 1946, artigo 157, XII, sendo que esta última estendeu o direito também para os empregados rurais.

¹³⁵ BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. **Rescisão contratual trabalhista**: despedida arbitrária individual/coletiva: a rescisão contratual em face da CF/88. p. 13.

¹³⁶ CATHARINO, José Martins. **A despedida e suas limitações**. Bahia. 1958. p. 150. Apud. ROMITA, Arion Sayão. Proteção contra a despedida arbitrária. p. 23.

Além do obstáculo jurídico à dispensa imotivada dos empregados com mais de dez anos de contrato, esse sistema impunha também um obstáculo econômico às dispensas de empregado com menos de dez anos trabalhados para o mesmo empregador. Tratava-se de indenizações crescentes por tempo de serviço que deveriam ser pagas aos empregados com mais de um ano de trabalho que fossem dispensados sem justa causa. Elas eram calculadas à base da maior remuneração recebida pelo empregado em cada ano contratual ou fração igual ou superior a seis meses, conforme artigos 477¹³⁷ *caput* e 478¹³⁸ *caput* da CLT, hoje tacitamente revogados.

O sistema celetista representava uma forte limitação ao direito potestativo do empregador de romper o contrato imotivadamente, uma vez que economicamente não era vantajoso que se dispensasse empregados com menos de dez anos. Para os estáveis, não existia qualquer hipótese de denúncia vazia do contrato, já que só poderiam ser dispensados mediante inquérito para apuração de falta grave do obreiro.

Como forma de evitar que os empregados adquirissem estabilidade, os empregadores passaram a adotar as dispensas à véspera da aquisição, consistentes na extinção de contrato com 9 anos. Como resposta a essa situação, o artigo 499, § 3º da CLT previu que “a despedida que se verificar como fim de obstar ao empregado a aquisição de estabilidade, sujeitará o empregador ao pagamento em dobro da indenização prescrita nos arts. 477 e 478”. Com o fim de estabelecer um período a partir do qual a despedida seria considerada obstativa, o TST estabeleceu no Enunciado de Súmula nº 26: “Presume-se obstativa à estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que alcançar nove anos de serviço na empresa”. Com isso, generalizaram-se as despedidas de empregados com menos de nove anos de serviço, mantendo-se a fraude à lei, como apontado por Wilson Batalha¹³⁹.

Conforme assevera Maurício Godinho Delgado, o modelo de estabilidades das CLT (indenizações crescentes por tempo de serviço para empregados com menos de dez anos e estabilidade depois desse período)

¹³⁷ Art. 477 - É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.

¹³⁸ Art. 478 - A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

¹³⁹ BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. *Op. cit.* p.16.

sempre foi criticado por ser tido como excessivamente rígido. Salienta o autor que esse sistema não previa “sequer como fatores justificadores das *dispensas seletivas* circunstâncias econômicas, financeiras e tecnológicas que comprovadamente afetassem a estrutura e a dinâmica das empresas”¹⁴⁰. Esse foi um dos motivos que ensejou o surgimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço em 1966, através da Lei nº 5.107.

O FGTS foi criado como alternativa ao sistema celetista. No momento da celebração do contrato, seria possível ao empregado escolher entre o FGTS ou a estabilidade, abdicando automaticamente da outra opção. Optando pelo Fundo de Garantia, o empregado teria direito à depósitos mensais no valor de 8% sobre sua remuneração em uma conta bancária vinculada. Em caso de despedida sem justa causa, o empregado poderia sacar o total de depósitos acrescido de 10% sobre esse valor. Até mesmo as empresas cujos empregados não fossem optantes deveriam efetuar os depósitos. Apesar de assegurados os direitos adquiridos daqueles que já eram estáveis, na medida em que novos contratos foram sendo celebrados e dada a quase obrigação que era imposta aos empregados pelas empresas¹⁴¹ de optarem pelo Fundo, aos poucos o sistema do FGTS foi se generalizando, de forma que gradativamente foram desaparecendo os estáveis.

Com a implantação do FGTS, surgiram questionamentos sobre a equivalência econômica entre o regime fundiário e o celetista, com o fim de se viabilizar um direito a compensação entre eventuais diferenças de valores. Sobre o assunto o TST se pronunciou através da Súmula nº 98, cujo enunciado esclarecia que “a equivalência entre os regimes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e da estabilidade da Consolidação das Leis do Trabalho é meramente jurídica e não econômica, sendo indevidos quaisquer valores a título de reposição de diferenças”.

Em 1990, a Lei nº 5.107/66 foi substituída pela Lei nº 8.036, que manteve os preceitos da lei anterior. Com a Constituição Federal de 1988 foi

¹⁴⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1018

¹⁴¹ Nesse sentido, afirma Emmanuel Teófilo Furtado: “Sabe-se que mesmo antes da Carta Política referida a estabilidade decenal já sofrera quase como que uma ineficácia após a instituição do regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, pelo fato de a grande maioria das empresas não permitir, no ato da contratação, a opção do empregado pelo regime do fundo ou da estabilidade, somente contratando o trabalhador com “opção” pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, evitando contrair para seus quadros empregados que viessem a caminhar para uma futura estabilidade”. FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Terminação do Contrato de Trabalho**. p. 49.

praticamente eliminada a estabilidade celetista e se universalizou o FGTS, de acordo com a conjugação do artigo 7º, incisos I e III:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
III - fundo de garantia do tempo de serviço;

A partir de então, não foi mais necessário declarar por escrito no contrato de trabalho a opção pelo Fundo. Ele passou a ser aplicado a todos os contratos, independentemente dessa escolha. A categoria dos domésticos foi a única a não ser incluída no regime, o que perdurou até 1999, quando a Medida Provisória nº 1.986 criou a faculdade para o empregador doméstico de inserir seu empregado no sistema. Além disso, o artigo 10¹⁴², do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988 previu aumento para 40% no acréscimo ao valor dos depósitos do FGTS sacados no caso de despedida sem justa causa, que anteriormente era de 10%.

Afirma Maurício Godinho Delgado¹⁴³ que com essas alterações a estabilidade definitiva foi mantida apenas para os contratos celetistas pré-1988, para os contratos de servidores públicos também regidos pela CLT que, à época da promulgação da Constituição tivessem cinco anos de emprego (conforme artigo 19 do ADCT) mesmo que não tivessem sido admitidos mediante concurso público e ainda, para os servidores públicos celetistas concursados. Para estes, a estabilidade é adquirida após três anos de serviço, conforme disposto no artigo 41 da Constituição. Os estáveis só poderão ser despedidos se houver decisão judicial favorável em inquérito para apuração de falta grave.

Quanto às estabilidades provisórias, o Texto Constitucional de 1988 previu duas hipóteses: do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato (ADCT, artigo 10, II, a) e da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, artigo 10, II, b). No que diz respeito aos cipeiros, há que se ressaltar que os representantes do empregador na CIPA não gozam de

¹⁴² Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o Art. 7º, I, da Constituição: I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no Art. 6º, caput e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

¹⁴³ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1019

estabilidade, de forma que ela se estende apenas aos representantes dos empregados. Outro ponto importante é que a Constituição alargou a previsão do artigo 165 da CLT, estendendo a estabilidade também aos suplentes da CIPA.

Somam-se a essas, as hipóteses de estabilidade provisória previstas pela CLT. A primeira delas, já mencionada, é a do membro da CIPA. Também é estável, conforme o artigo 543, § 3º da CLT, o empregado eleito para cargo de direção ou representação em entidade sindical ou associação profissional, inclusive suplentes. A estabilidade vai do registro da candidatura até um ano após o término do mandato, salvo se o empregado cometer falta grave, apurada nos termos da lei. Assim como os membros da CIPA, somente os dirigentes sindicais eleitos pelos demais empregados é que gozam de estabilidade. A Lei nº 5.764/71 (Lei das Cooperativas) estendeu a estabilidade dos dirigentes sindicais aos “empregados de empresas que sejam eleitos diretores de sociedades cooperativas pelos mesmos criadas”. A CLT ainda prevê no artigo 625-B, §1º, a estabilidade dos empregados titulares ou suplentes da Comissão de Conciliação Prévia, até um ano após o término do mandato. Como a lei não determinou o início da estabilidade, por analogia aos dirigentes sindicais, o entendimento de Amauri Mascaro Nascimento¹⁴⁴ é de que ela comece quando do registro da candidatura.

Também há os casos de estabilidade provisória prevista por lei previdenciária. A Lei nº 8.213/91, que trata dos benefícios concedidos pela Previdência Social, determina em seu artigo 118 que o empregado vitimado por acidente de trabalho tem direito a ter seu contrato mantido por no mínimo 12 meses após a cessação do auxílio-doença acidentário. Como bem relembra Amauri Mascaro Nascimento¹⁴⁵, é importante salientar que o conceito de acidente de trabalho também abrange doenças ocupacionais e acidentes *in itinere*.

Essa mesma lei estabelece em seu artigo 3º, §7º que desde a nomeação até um ano após o final do mandato, os representantes dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social, tanto titulares quanto suplentes, terão assegurada a estabilidade no emprego. Nos mesmos moldes é a estabilidade concedida pela Lei nº 8.036/90 aos membros do Conselho Curador do FGTS.

¹⁴⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 754.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*.

Há ainda diversas espécies de estabilidades provisórias decorrentes de convenções e acordos coletivos e de sentenças normativas. A título de exemplo, pode-se citar a estabilidade do empregado alistado no serviço militar, a estabilidade pré-aposentadoria (nos moldes da contida no Precedente Normativo TST nº 85¹⁴⁶).

As estabilidades provisórias geram como consequência a impossibilidade de dispensa imotivada do empregado enquanto perdurarem as circunstâncias geradoras de estabilidade, de acordo com os prazos estabelecidos legalmente. Como afirma Jether Gomes Aliseda¹⁴⁷, findos esses prazos, o empregado poderá ser dispensado sem que lhe caiba qualquer indenização adicional. É garantido, contudo, o direito de o empregador romper o contrato em caso de falta grave cometida pelo obreiro, como salienta Wilson Batalha¹⁴⁸:

Em todas as hipóteses de estabilidade 'provisória' assegura-se o direito à rescisão contratual em decorrência da prática de falta grave. Para tanto, porém, é de mister a instauração de inquérito judicial, na forma prevista pela CLT para as hipóteses de empregados beneficiários de estabilidade decenal. Nos termos da Súmula nº 197 do Supremo Tribunal Federal (STF), 'o empregado com representação sindical só pode ser despedido mediante inquérito em que se apure falta grave'. O princípio deve ser aplicável a todas as hipóteses de estabilidades 'provisórias' em que se pretenda a rescisão contratual por motivo de prática de falta grave.

Apesar de grande parte da doutrina não se posicionar pela necessidade de inquérito para apuração de falta grave nos casos de estabilidade provisória (exceto dirigente sindical), bastando para esses casos a justa causa¹⁴⁹, tem-se que uma vez desrespeitada a garantia conferida pela estabilidade, a dispensa sem justa causa tende a se tornar nula e o empregado será reintegrado, ou

¹⁴⁶ Precedente Normativo TST nº 85: "Defere-se a garantia de emprego durante os doze meses que antecedem a data em que o empregado adquire direito à aposentadoria voluntária, desde que trabalhe na empresa há pelo menos cinco anos. Adquirido o direito, extingue-se a garantia".

¹⁴⁷ ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade e garantia de emprego**: uma visão crítica. p. 51.

¹⁴⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. *Op. cit.* p. 18.

¹⁴⁹ Bem explica DELGADO que "a falta grave corresponde à justa causa que tenha de ser apurada formalisticamente, por meio de ação judicial de inquérito" e prossegue afirmando que "a falta grave é própria ao *empregado estável* e àqueles empregados que tenham estabilidades provisórias mais acentuadas, cuja resolução contratual somente possa ser feita por meio de inquérito judicial, em que se apure seu comportamento culposos, como se passa com o dirigente de entidades sindicais". DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1090.

então dependendo do caso, haverá o pagamento de indenização, conforme assevera Maurício Godinho Delgado¹⁵⁰.

2.4. CONVENÇÃO 158.

A par das estabilidades, que funcionam como contingenciamentos ao poder do empregador de despedir, outra medida propícia a proteger a relação de emprego contra despedidas arbitrárias é a exigência de motivação das dispensas, a fim de que sejam consideradas válidas. Sabe-se, que, como assevera Maurício Godinho Delgado¹⁵¹, a regra que tem vigido nas últimas décadas no País é a da despedida desmotivada, com raras exceções para os casos de estabilidade.

Por um breve período, contudo, o ordenamento jurídico brasileiro foi regido por regras distintas. Tratava-se da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção foi assinada em Genebra em 22.06.1982 e passou a vigorar internacionalmente em 23.11.1985. Foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto legislativo nº 68, de 16.09.1992, contudo, só foi incorporada ao direito interno em 11.04.1996, através do Decreto nº 1.855, com o qual a Convenção nº 158 passou a ter vigência como lei. Tem como objeto a regulamentação das despedidas, cujo cerne é a introdução da justificação da dispensa.

Conforme afirma Amauri Mascaro Nascimento¹⁵², a Convenção nº 158 reflete as preocupações do Direito do Trabalho contemporâneo relativas às dispensas imotivadas que adquiriram lugar de destaque nos estudos realizados pela OIT e foram inseridas nas legislações de diversos países. Até 1995, além do Brasil, vinte e três países já haviam ratificado a Convenção: Suécia, Iugoslávia, Espanha, Venezuela, Nigéria, Chipre, Malavi, Zaire, Camarões, Gabão, Iêmen, França, Zâmbia, Uganda, Etiópia, Eslovênia, Finlândia, Austrália, Bósnia-Herzegovina, Letônia, Marrocos, Turquia e Ucrânia.

A Convenção nº 158 suprime a possibilidade de denúncia vazia do contrato de trabalho, de forma que para a dispensa do empregado sempre deveria haver “uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu

¹⁵⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p. 1041-1042.

¹⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p.1022.

¹⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.* p. 734-735.

comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”, conforme previsão do artigo 4º da Convenção.

Assim, são previstas duas categorias de causas de dispensa ligadas ao empregado: a capacidade e o comportamento. Como entende Antônio Álvares da Silva¹⁵³, a capacidade revela-se como inaptidão do empregado para a realização das tarefas de sua responsabilidade e não depende de culpa deste. Trata-se do desempenho insuficiente. Já o comportamento configura-se com um mau comportamento culposo do empregado que pode ser de caráter estritamente profissional, como negligência, desatenção, etc. ou de caráter mais amplo como indisciplina, violência, consumo de bebidas ou drogas, etc. Nesse aspecto, há bastante similitude com a justificação de dispensa já existente no direito brasileiro.

Também figurou no texto do artigo 4º a possibilidade de dispensa justificada em necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço. Aqui, como ressalta Maurício Godinho Delgado¹⁵⁴, uma nova figura é inserida no tema da ruptura do contrato de trabalho: a despedida motivada mas sem justa causa celetista. É o caso dos termos da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, previstos no artigo 13 da Convenção. Nessas hipóteses, o empregado não concorre para a dispensa, que é motivada por razões vinculadas à empresa, seja por fatores internos ou externos, como a redução do volume de negócios, a automação ou a perda de mercado, por exemplo. Portanto, permite-se inclusive a despedida sem justa causa, basta que se tenha um motivo socialmente justificável para a dispensa, desde que essas razões sejam comprovadas pelo empregador.

Conforme afirma Leonardo Wandelli, a Convenção não institui um novo modelo de estabilidade no sistema jurídico brasileiro, mas pretende “afastar a descartabilidade da pessoa do trabalhador, num regime de desemprego estrutural, mediante a singela exigência de que o empregador demonstre a razão da despedida”.¹⁵⁵ Assim, não é um meio de impossibilitar a dispensa e sim uma tentativa de equilibrar os interesses entre patrão e empregado por meio de uma limitação ao direito potestativo daquele. Trata-se de proteger o direito ao trabalho, que está ligado aos direitos humanos, como bem verifica Antônio da Silva, ao tratar da importância da Convenção nº 158:

¹⁵³ SILVA, Antônio Álvares da. **Questões polêmicas de direito do trabalho**. p. 69.

¹⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* p.1022.

¹⁵⁵ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 327.

Sua importância começa no Direito do Trabalho, mas o transcende. Salta para o Direito Constitucional e termina sua viagem axiológica junto aos próprios direitos humanos, aos quais se agrega o trabalho e os inúmeros temas sociais, políticos e econômicos que suscita.¹⁵⁶

A Convenção nº 158 prevê ainda outras importantes normas destinadas a proteger o empregado contra a despedida não justificada, quais sejam:

I) A impossibilidade de se adotar como causa para a dispensa:

- a) A filiação a sindicato ou participação em atividades sindicais fora do horário de trabalho, ou durante o expediente com autorização do empregador;
- b) A condição de representante dos empregados atual ou pretérita ou a candidatura para essa função;
- c) A apresentação de queixa ou outro procedimento contra o empregador;
- d) A raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) A ausência no trabalho durante a licença-maternidade ou por motivo de doença;

II) A exigência de que se oportunize a defesa pelo empregado das acusações feitas contra ele antes da dispensa por motivos relacionados ao seu comportamento ou ao seu desempenho, a não ser que isso não seja possível;

III) O direito do empregado de recorrer a órgão neutro, como Tribunais do Trabalho, quando considerar injustificado o término da relação de trabalho;

IV) A possibilidade dos órgãos responsáveis pelo julgamento da dispensa, quando a considerarem injustificada, ordenar pagamento de indenização se não for possível ordenar a reintegração do empregado;

V) A comunicação pelo empregador aos representantes dos trabalhadores e às autoridades competentes sobre as despedidas por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, incluindo os motivos dos termos previstos, o número e categorias de trabalhadores afetados e o período em que serão efetuados. Além de negociações entre o empregador e a representação dos trabalhadores sobre medidas para evitar ou reduzir o número de dispensas ou para minimizar suas consequências.

¹⁵⁶ SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.* p. 23.

Conforme se pode verificar pelas medidas acima listadas, tentou-se impor óbices à despedida sem justificativa ou que se utiliza de justificativas não permitidas pela legislação, inclusive as de caráter discriminatório.

Apesar da louvável iniciativa pátria em ratificar a Convenção, houve vários questionamentos sobre a vigência e a constitucionalidade da Convenção nº 158. Isso se deu em decorrência do artigo 7º da Constituição Federal, o qual prevê que a regulamentação da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa será realizada por lei complementar, cuja aprovação se dá por maioria absoluta, nos moldes do que determina o artigo 69¹⁵⁷ da Constituição Federal. A Convenção nº 158, embora tenha passado pelos trâmites necessários a incorporação de tratado internacional (dentre eles a aprovação pelo Congresso Nacional através de Decreto Legislativo e a ratificação pelo Poder Executivo por Decreto), versou sobre a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa por espécie normativa diversa de lei complementar. É este o argumento que foi utilizado por parte da doutrina para negar efeitos à Convenção nº 158. Para eles, ela só passaria a ser aplicável no Brasil após a promulgação de lei complementar que a disciplinasse, sob pena de inconstitucionalidade.

Contudo, há quem entenda que uma vez aprovada a Convenção pelo Congresso Nacional, que é responsável pela aprovação das leis, não seria necessário editar lei complementar sobre a mesma matéria. Além do que, seria possível interpretar o texto do artigo 1º da Convenção que diz “dever-se-á dar efeito às disposições da presente Convenção através da legislação nacional (...)” como “alusão exclusiva aos procedimentos e aos trâmites para internação das normas internacionais, o que, na espécie, foi regularmente cumprido”¹⁵⁸, conforme entende Wilson Batalha.

Antônio Álvares da Silva afasta a suposta inconstitucionalidade afirmando que:

A lei complementar, prevista no art. 7º, I, terá como conteúdo a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a indenização compensatória ‘dentre outros direitos’. Já a Convenção 158 tem espectro bem mais amplo, pois regulamenta o ‘término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, o que não coincide com a dispensa arbitrária ou sem justa causa. Tem, como é óbvio, abrangência bem maior. (...) Sendo, pois,

¹⁵⁷ Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

¹⁵⁸ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Op. cit.* p. 54.

diferentes os objetos, exclui-se a eiva de
inconstitucionalidade.¹⁵⁹

Além do aspecto formal, as discussões também abrangeram o âmbito da compatibilidade material entre a Convenção e a Carta Magna, visto que aquela estabelece um sistema protetivo mais amplo que esta. Enquanto o ordenamento constitucional em seu artigo 7º, I da Constituição Federal c/c artigo 10º, I do ADCT prevê que a proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa fica limitada à indenização de 40% do montante dos depósitos a título de FGTS, a Convenção nº 158 estabelece que no caso de dispensa injustificada o trabalhador teria direito ao pagamento de uma indenização quando impossível sua reintegração. Assim, para alguns, haveria uma incompatibilidade entre os diplomas, visto que a Constituição vedaria qualquer outro tipo de proteção enquanto não houvesse lei complementar. Neste caso, a discussão envolveu a hierarquia entre o texto constitucional e o tratado internacional. Para parcela da doutrina, a Convenção prevaleceria, uma vez que o próprio art. 5º, § 2º da CF dispõe que os direitos e garantias que prevê não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Para outros, porém, a supremacia da Carta Magna estaria reconhecida no art. 102, III “b” da CF, que determina a competência do STF para declarar a inconstitucionalidade de tratado.

Nesse contexto, a Confederação Nacional da Indústria e a Confederação Nacional do Transporte ajuizaram no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.480-DF, com pedido de liminar, buscando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 68, de 16/09/92 e do Decreto n. 1.855. O Supremo decidiu, em 04/09/97, por votação majoritária deferir parcialmente a cautelar para

em interpretação conforme a constituição e até final julgamento da ação direta, afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do relator (min. Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da convenção nº 158 da OIT, venha a tê-las como auto-aplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infra-constitucionais que especialmente disciplinam, no vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores¹⁶⁰.

¹⁵⁹ SILVA, Antônio Álvares da. *Op. cit.* p. 43.

¹⁶⁰ Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1480&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>

Contudo, antes mesmo da decisão liminar pela Corte Constitucional, o Ministério do Trabalho já havia tido a iniciativa de denunciar a Convenção, sob os argumentos de que ela feriria o direito do empregador a dispensar seus empregados e o direito destes às reparações decorrentes da dispensa¹⁶¹. Com esse fim, em 20/11/96, o Ministério das Relações Exteriores enviou ofício ao Diretor-Geral da OIT; denúncia esta que passou a ser efetiva um ano após a data do registro. Assim, em 27/06/01, o STF reconheceu a perda do objeto da citada ADIn.

O Decreto nº 2.100 de 20 de dezembro de 1996, através do qual foi denunciada a Convenção nº. 158 pelo Brasil, teve sua constitucionalidade questionada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1625-3. A ADIn foi ajuizada sob o argumento de que a ausência de pronunciamento do Congresso Nacional sobre a denúncia da Convenção provocou ofensa ao artigo 49, I, da Constituição Federal, que atribui competência ao Congresso para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. A ADIn ainda tramita no Supremo Tribunal Federal.

Em fevereiro de 2008, o Governo Lula¹⁶² encaminhou ao Congresso Nacional proposta de aprovação da Convenção 158 da OIT, porém até o momento não houve aprovação pelas Casas Legislativas.

2.5. DESPEDIDA ARBITRÁRIA E DESPEDIDA ABUSIVA.

O artigo, 7º, I da Carta Magna prevê a proteção contra a “despedida arbitrária ou sem justa causa”, expressão que gera algumas divergências doutrinárias. Autores como Antônio Álvares da Silva¹⁶³ entendem que os termos despedida arbitrária e despedida sem justa causa são sinônimos, tratando-se a expressão constitucional de um pleonismo. Não é esse, contudo, o entendimento predominante.

¹⁶¹ BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Op. cit.* p. 71.

¹⁶² <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u372395.shtml>

¹⁶³ SILVA, Antônio Álvares da. *Proteção contra a dispensa na nova constituição*. 2. ed. São Paulo. LTr, 1992 p. 233. *Apud* WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 320.

Em defesa da distinção entre os termos, alegam-se¹⁶⁴ essencialmente duas razões: a primeira é que a constituição não utiliza palavras inúteis e a segunda é que já existe a conceituação do que seja despedida sem justa causa e despedida arbitrária na legislação infraconstitucional. Com efeito, o conceito de justa causa é reconhecido pelo sistema jurídico brasileiro especialmente pelo rol de hipóteses elencadas no artigo 482 da CLT enquanto o artigo 165 do mesmo diploma define o despedimento arbitrário.

Para Arion Romita¹⁶⁵, ocorre despedida arbitrária quando não houver justa causa, esta entendida em sentido amplo, abrangendo tanto as hipóteses de falta disciplinar realizada pelo empregado como as de dispensa por motivos tecnológicos, econômicos e financeiros. Também é esse o entendimento de Maurício Godinho Delgado¹⁶⁶. Com base no artigo 165 da CLT e também com inspiração no conteúdo da Convenção 158, o autor afirma que é considerada despedida arbitrária a que não se fundar em motivo relevante, podendo este ser disciplinar, de modo a configurar as hipóteses de justa causa tipificadas ou pode também ser motivo técnico, econômico ou financeiro, nos termos da CLT.

Nesse sentido, vale ainda mencionar o entendimento de Leonardo Wandelli:

Toda despedida arbitrária, entendida como aquela que não se funda em motivo econômico, financeiro, técnico, disciplinar ou qualquer outro justo motivo legal, é sem justa causa, assim como toda despedida por justa causa é não arbitrária. Entretanto, aceita essa distinção, nem toda despedida sem justa causa é arbitrária e também nem toda despedida não arbitrária é por justa causa. Isto porque uma parte das despedidas não arbitrárias, por serem fundadas em motivo financeiro, técnico ou econômico, se refere a despedidas sem justa causa. Assim, por exemplo, uma despedida fundada em motivo econômico não é arbitrária, mas é sem justa causa.¹⁶⁷

Posto isto, tem-se que, segundo Arion Romita¹⁶⁸, a inclusão da proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa entre os direitos dos trabalhadores deu início a um processo que teria como finalidade a concretização da garantia de emprego, tida pelo autor como conjunto medidas que refletem a atuação estatal na busca da estabilidade do trabalhador e do pleno emprego. Especificamente no que diz respeito à despedida arbitrária,

¹⁶⁴ Sobre o assunto ver WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. O direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade. p. 55.

¹⁶⁵ ROMITA, Arion Sayão. *Op. cit.* P. 27.

¹⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Op. cit.* P. 1076.

¹⁶⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* P. 321.

¹⁶⁸ ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária**. p. 3.

afirma Arion Romita que a proteção instituída pelo direito forma uma “rede de segurança” constituída por medidas que impedem ou dificultam a dispensa quando esta não tem por base um motivo previsto pelo ordenamento jurídico. O impedimento se dá pelas modalidades de estabilidade enquanto a imposição de obstáculos refere-se, por exemplo, ao pagamento de indenização e à concessão de aviso prévio ao empregado.

A tendência no Direito do Trabalho com vistas a reprimir a despedida arbitrária tem sido a adoção da despedida sob controle, em que é quebrada a paridade entre empregado e empregador no que diz respeito ao direito de romper o contrato de trabalho e é exigida do empregador uma motivação socialmente justificável para a dispensa, motivação essa que deve ser passível de controle externo, como afirma Arion Romita¹⁶⁹. O Brasil, contudo, ainda não adotou esse regime, que é uma forma de eliminar a despedida arbitrária.

Sendo assim, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal sem a edição de lei complementar prevista no artigo 7º, I que regulamentaria a proteção contra despedida arbitrária, a doutrina se divide quanto aos efeitos decorrentes da previsão constitucional. Como verifica Leonardo Wandelli¹⁷⁰, para alguns doutrinadores, a Carta Magna já protege de forma eficaz a relação de emprego contra a dispensa arbitrária. Para outros, a despedida arbitrária estaria proibida, devendo ser apresentado pelo empregador motivo justificável para a dispensa, dependendo a reintegração, porém, da regulamentação da citada lei complementar.

Contudo, o entendimento que prevalece é o de que, exceto nos casos de estabilidade, não existe qualquer vedação a dispensa arbitrária desde que o empregador indenize o obreiro conforme a previsão do artigo 10 do ADCT. Esse entendimento é altamente criticado por parte da doutrina, já que seria conflitante com uma interpretação sistemática da Constituição que considere a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e a consagração dos direitos dos trabalhadores.

Outro assunto que gera polêmica é a chamada despedida abusiva. Jorge Luiz Souto Maior¹⁷¹ identifica quatro tipos de dispensa individual: a) a arbitrária

¹⁶⁹ ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária**. p. 32.

¹⁷⁰ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 321-325.

¹⁷¹ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Proteção contra a dispensa arbitrária e aplicação da Convenção 158 da OIT**. p. 50.

(ou imotivada); b) a motivada (mas sem justa causa); c) a com justa causa e d) a discriminatória (prevista na Lei 9.029/95). Quanto a esta última, Sérgio Torres Teixeira¹⁷² afirma tratar-se de hipótese de despedida abusiva.

Sérgio Torres Teixeira entende que existem no ordenamento brasileiro dois tipos de medidas protetivas da relação de emprego: as inibitórias e as restritivas. As primeiras referem-se a obstáculos pecuniários impostos à dispensa imotivada. Segundo o autor, elas mantêm o direito potestativo do empregador de despedir o empregado, ainda que sem causa socialmente justificável, mas tornam oneroso o exercício deste direito, como é o caso, por exemplo, da indenização compensatória do artigo 7º, I, da Constituição Federal. Já as medidas restritivas tratam-se de verdadeiras vedações à ruptura injustificada do contrato de trabalho. São as modalidades de estabilidade jurídica no emprego. Além das estabilidades, o autor visualiza outro grupo de medidas restritivas, as chamadas medidas proibitivas de dispensa abusiva. Estas, por sua vez, não impedem a despedida do empregado, a não ser que o ato resilitório esteja fundado em causa reconhecida pelo Direito como abusiva. No caso de despedimento abusivo, o obreiro terá o direito à anulação do ato e ao restabelecimento da relação de emprego.

Como assevera Arion Romita¹⁷³, quem trata da despedida abusiva necessariamente é a parte da doutrina que reconhece o direito do empregador de despedir que, em certos casos é exercido com abuso. Aqueles¹⁷⁴ que afastam esse direito do empregador também negam a expressão “despedida abusiva”, vez que não se pode exercer abusivamente um direito que não se tem.

De acordo com o entendimento de Sérgio Torres Teixeira¹⁷⁵, a dispensa abusiva é espécie de despedida sem justa causa em que ocorre a violação de interesses de natureza mais ampla que os envolvidos na relação de emprego. A extinção do vínculo empregatício por parte do empregador é motivada por razão que fere interesses sociais. Nesse sentido, Arion Romita assevera que a

¹⁷² TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego Proibição à Despedida Abusiva**. p. 55.

¹⁷³ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na Constituição e outros estudos**. p. 143

¹⁷⁴ O direito potestativo do empregador de despedir imotivadamente é afastado por Edilton Meireles: “A despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto, não se constitui em direito potestativo do empregador. É um ilícito. E se o empregador não tem direito a despedir arbitrariamente, logo ele não pode abusar do direito (que não tem) de despedir”. **Abuso de direito na relação de emprego**. p. 199.

¹⁷⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Op. cit.* p. 50.

despedida abusiva “é ato antifuncional, socialmente injustificado, contrário à função social da boa administração da empresa”¹⁷⁶.

Embora não seja possível estabelecer um rol taxativo dos casos de abuso na dispensa, a doutrina elenca alguns exemplos, como a despedida que atente contra a moral e os bons costumes, a dispensa por realização de atividade sindical, por represália ou perseguição, por discriminação ou por causas que não tenham ligação com a relação de emprego.

Apesar de seu reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência, a Constituição Federal não previu expressamente a proteção contra despedida abusiva. Por outro lado, também não proibiu que essa proteção se desse por meio de legislação infraconstitucional o que, conforme Arion Romita¹⁷⁷, completará o sistema protetivo da relação de emprego. Segue afirmando que a previsão desta proteção e mesmo de indenização por despedida abusiva não contraria os preceitos constitucionais, já que a Carta, orientada pela valorização do trabalho, permite a ampliação dos direitos trabalhistas.

No entendimento de Haddock Lobo¹⁷⁸, a magistratura trabalhista deve atuar no sentido de impedir as despedidas arbitrárias e abusivas ainda que não regulamentado o artigo 7º, I, da CF. Para o autor, disso não resultaria inovação jurisprudencial, tampouco julgamento *ultra legem* já que teriam amparo na teoria do abuso de direito, construída doutrinariamente com fulcro no artigo 160, I, do Código Civil de 1916 (correspondente ao artigo 188, I do Código Civil de 2002)¹⁷⁹. Desta forma também entende Arthur Francisco Seixas dos Anjos, para quem a norma autorizativa do artigo 8º da CLT permite a aplicação da teoria do abuso de direito como fundamento para evitar despedidas abusivas. Além disso, salienta o autor que de acordo com o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”¹⁸⁰.

Silvio Venosa¹⁸¹ vai além, assegurando que o abuso de direito é uma noção que não se restringe ao direito, mas decorre da natureza humana, de forma que qualquer excesso praticado por uma pessoa que prejudique outra deve ser contido. Seria um conceito supra legal.

¹⁷⁶ ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária**. p. 29.

¹⁷⁷ ROMITA, Arion Sayão. **Os direitos sociais na Constituição e outros estudos**. p. 140-141.

¹⁷⁸ HADDOCK LOBO, Eugênio Roberto. **A dispensa arbitrária e a teoria do abuso do direito**. p.41

¹⁷⁹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

¹⁸⁰ ANJOS, Arthur Francisco seixas dos. **Dispensa arbitrária e a teoria do abuso de direito**. p. 38

¹⁸¹ VENOSA, Sílvio de Salvo . **Direito Civil**. p. 620-621.

Rodrigo Trindade¹⁸² ressalta a importância da inserção dos artigos 186¹⁸³, 187¹⁸⁴ e 422¹⁸⁵ no Código Civil de 2002, já que através deles foi positivada a idéia de que o exercício de direitos deve ser orientado pela integração do sistema jurídico, o qual tem como um de seus princípios regentes a boa-fé.

Nesse sentido, é a definição de abuso de direito elaborada por José Olímpio de Castro Filho, sendo este o ato do indivíduo que

no exercício de seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou toda vez que o indivíduo no exercício de seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social.¹⁸⁶

A teoria do abuso de direito é dividida em duas correntes: a subjetivista e a objetivista. Na subjetivista, haverá abuso de direito quando há a intenção de prejudicar a outrem. O critério utilizado para verificar a ocorrência de abuso nessa corrente pode ser intencional ou técnico, sendo que existindo a intenção ou o exercício incorreto/culposos do direito verifica-se o abuso. Já para a teoria objetivista, caracteriza-se o abuso pelo exercício anormal de direito. Também são dois os critérios de verificação: o econômico, revelado pelo exercício sem legítimo interesse e o funcional ou finalista, no qual o direito é exercido em desconformidade com sua finalidade ou função social¹⁸⁷.

Outro critério apresentado pela doutrina para a averiguação do abuso de direito é a boa-fé. Eduardo Baracat¹⁸⁸ defende que a apreciação judicial deverá levar em conta a manifesta desproporção entre vantagens auferidas pelo titular do direito e o ônus imposto a outra parte, levando em consideração a boa-fé como princípio não apenas constitucional, mas como princípio geral do Direito e do Direito do Trabalho. A opção por critérios amplos na definição do ato abusivo, como a função social e a boa-fé, teria como o objetivo proporcionar ao juiz um instrumento eficaz para reprimir esse tipo de ato, vez que muitas vezes

¹⁸² SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Despedida abusiva e antecedentes criminais**. p. 143.

¹⁸³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁸⁴ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁸⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹⁸⁶ CASTRO FILHO, José Olímpio. **Abuso do direito no processo civil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 21 *Apud* MEIRELES, Edilton. *Op. cit.* p. 20.

¹⁸⁷ BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. p. 186-187.

¹⁸⁸ *Idem* p. 188-189.

ele decorre de situação não aferível objetivamente por estar vinculada a elementos psicológicos do agente.

Como assegura Edilton Meireles¹⁸⁹, seguindo o entendimento do STF e em conformidade com a interpretação do artigo 187 do Código Civil, o abuso de direito é classificado como espécie de ato ilícito. Contudo, o autor distingue o abuso de direito do ato ilícito propriamente dito, já que neste há violação de concretas proibições legais, ou seja, o ordenamento jurídico delimita em que moldes o direito deverá ser exercitado, enquanto no abuso os limites decorrem dos princípios e valores fundamentais que conduzem o ordenamento. Essa conceituação do abuso de direito como ato ilícito teria por objetivo atribuir a ambos a mesma consequência, qual seja, o dever de reparar. Além disso, salienta o autor, que o abuso pode ser dar não apenas quando o agente é titular de direito subjetivo, mas também no exercício de outras situações jurídicas, como faculdades e direitos potestativos.

É nesse ponto que se insere a despedida abusiva. Como bem assevera Alexandre Medeiros¹⁹⁰, “o exercício de todo e qualquer direito, ainda que potestativo, não prescinde de um legítimo interesse subjacente ou de uma causa lícita”. Afirma o autor que fatores como problemas no Poder Judiciário, a demasiada concentração de poder na empresa, a idéia de direito potestativo de despedir e, em especial a pouca eficácia da multa compensatória de 40% sobre o FGTS como medida inibitória do direito de despedir, geram uma sensação de poder ilimitado ao empregador. Como consequência disto, surge a prática de atos abusivos.

Na despedida abusiva o empregador contraria os valores sociais, produzindo um ato ilícito. Ultrapassa os limites do seu poder de organização e direção, gerando um grave dano ao obreiro. Assim, sempre que o empregador despedir sem que haja para isso interesse legítimo, em oposição à lei, à justiça, à boa-fé, à moral e à função social do direito que lhe foi atribuído, haverá o abuso, o qual ensejará a devida reparação.

Nesse sentido, afirma Arion Romita¹⁹¹ que quando o empregador despede de forma abusiva, além de causar um dano lícito ao empregado, a privação do emprego, gera também um dano ilícito que atinge a personalidade deste. Segundo o autor, em decorrência desses dois danos causados, surge

¹⁸⁹ MEIRELES, Edilton. *Op. cit.* p. 26.

¹⁹⁰ MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. **Despedida abusiva**. p. 64-65.

¹⁹¹ ROMITA, Arion Sayão. **Proteção contra despedida arbitrária**. p. 29.

para o obreiro o direito a duas indenizações: uma indenização compensatória por ter sido privado de seu emprego e outra de direito comum pelo dano complementar.

Entendimento diverso é o apresentado por Leonardo Wandelli, segundo o qual a medida adequada no caso de despedida abusiva não seria a indenização e sim a reintegração do empregado:

Há de se considerar, especialmente, que, entendido o dever do empregador de não despedir abusivamente como dever de não fazer, a disciplina do art. 461 do CPC é no sentido de que o juiz conceda a tutela específica da obrigação ou determine as medidas necessárias que assegurem o resultado prático equivalente ao inadimplemento. Ora, nesse caso, o resultado equivalente é a recondução ao *statu quo ante*.¹⁹²

Sérgio Torres Teixeira¹⁹³ também vê a reintegração como melhor opção no caso de abuso no ato resilitório. Assim, a sanção à violação das medidas proibitivas de dispensa abusiva seria a anulação do ato pela Justiça do Trabalho e a reintegração do empregado no seu antigo posto, a não ser que circunstâncias peculiares de extrema incompatibilidade entre empregado e empregador impeçam o restabelecimento do vínculo empregatício.

Isso também se aplicaria aos casos de dispensa discriminatória, que é uma hipótese de despedida abusiva na qual a ruptura do contrato de trabalho viola o princípio da igualdade, uma vez que decorre de um ato discriminatório por parte do empregador, ou seja, um tratamento diferenciado sem uma justificativa legítima. Nessa situação, a Lei nº 9.029/95 faculta ao empregado optar entre a indenização reparatória ou a reintegração. Assim, não fica vedado o ato resilitório, mas a sua fundamentação em motivo discriminatório.

¹⁹² WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 353.

¹⁹³ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Op. cit.* p. 49.

3. GARANTIA DE EMPREGO AO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS.

3.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO.

O direito tem como função precípua a regulamentação da vida em sociedade. Isso ocorre de duas maneiras: de forma positiva, quando concede benefícios e direitos aos sujeitos e de forma negativa por meio do impedimento de condutas prejudiciais a outros indivíduos. Dentre o segundo tipo de regulamentação, as regras de caráter negativo, “talvez as mais significativas sejam as dirigidas ao combate à discriminação no contexto social”¹⁹⁴, como afirma Maurício Godinho Delgado.

Tanto é assim que, o princípio da igualdade e as regras proibitivas da discriminação foram previstos em convenções, pactos e declarações internacionais e em grande parte das constituições dos países democráticos (como México, Chile, Uruguai, Argentina, Espanha, França, Itália, Portugal e Alemanha) prevalecendo o entendimento de que “um Estado nunca será democrático, justo ou de direito se os cidadãos forem tratados desigualmente”¹⁹⁵.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, prevê em seu artigo 1º, que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e no artigo 2º prevê que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. Outros diplomas importantes que abordaram o tema da discriminação foram, por exemplo, a Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher da ONU, o Protocolo de San Salvador, as Convenções n. 100, n. 111, n. 117 da OIT.

No Brasil, a igualdade vem prevista já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. No artigo 3º, IV, figura como objetivo fundamental da

¹⁹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do trabalho*. In: Revista de direito do Trabalho. N. 117. jan-mar de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 182.

¹⁹⁵ LOPES, Otávio Brito. *A questão da discriminação no trabalho*. p. 13.

República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Já no *caput* do artigo 5º, o princípio da igualdade vem enunciado da seguinte forma: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Vários outros dispositivos constitucionais apresentam facetas do princípio isonômico. No que concerne aos direitos dos trabalhadores pode-se citar o *caput* do artigo 7º, que prevê a igualdade de direitos para trabalhadores urbanos e rurais, bem como seus incisos XXX, sobre a proibição de diferenças de salário, função ou critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, o inciso XXXI, sobre a proibição de discriminação do trabalhador portador de deficiência, o inciso XXXII, que proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual e o inciso XXXIV que prevê a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício e o avulso.

Tanto na Carta Constitucional Brasileira como na maioria das constituições, o princípio da igualdade é previsto como “igualdade perante a lei”, o que significa dizer que a lei deve ser aplicada de igual modo para todos os indivíduos. De acordo com Leonardo Wandelli, essa igualdade diante da lei é entendida como “um mandado ao aplicador da lei, para que considere que todas as pessoas estão igualmente obrigadas e favorecidas pelos textos normativos vigentes, não podendo, portanto, deixar de aplicá-los em favor ou em sacrifício de uma ou algumas pessoas”¹⁹⁶. Trata-se da chamada igualdade formal, cujo caráter é negativo e é firmada com o intuito de extinguir privilégios individuais e de classes. Opõe-se a esta a igualdade na lei, identificada por alguns autores com a igualdade material, que se traduz por um mandado, ao qual o legislador está vinculado, que impõe que também o conteúdo da lei seja fundado no princípio da igualdade¹⁹⁷. É o tipo de igualdade proposto quando a Constituição Federal trata da igualdade entre homens e mulheres ou quando proíbe qualquer forma de discriminação, por exemplo. Leonardo Wandelli¹⁹⁸ ainda destaca a necessidade de que a igualdade formal e a material andem

¹⁹⁶ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 375.

¹⁹⁷ Para CANOTILHO, a igualdade material através da lei refere-se ao dever de se tratar por “igual o que é igual e desigualmente o que é desigual. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. p. 428.

¹⁹⁸ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 378-379

juntas, atuem de forma complementar, já que de forma isolada mostram-se insatisfatórias à concretização efetiva do conteúdo da igualdade.

Sobre esse conceito de igualdade, muito já foi discutido. Conforme destaca José Afonso da Silva¹⁹⁹, para os nominalistas, a igualdade não passaria de um nome, já que os seres humanos estariam fadados a serem desiguais. A desigualdade seria uma característica do Universo. Diametralmente oposto é o entendimento da corrente idealista, para a qual decorre do estado de natureza uma igualdade absoluta entre os homens, a igual liberdade natural. Partilhava desse entendimento o filósofo Rousseau que, no entanto, admitia dois tipos de desigualdades entre as pessoas: uma natural ou física, atinente à idade, saúde, qualidades e determinada pela natureza; e outra chamada desigualdade moral ou política, estabelecida pelo consentimento dos homens, determinante de distinções quanto à riqueza, ao poder, etc. Há ainda a corrente realista, que defende a existência de vários tipos de desigualdades entre os homens, apesar de ser correta a descrição deles como criaturas iguais, uma vez que pertencem à mesma espécie.

Amplamente conhecida é a noção de igualdade apresentada por Aristóteles. Para ele, a igualdade se refere a uma noção de *justiça relativa*, de forma que ao legislador caberia tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual. Há, assim, uma justiça formal, que significa que os membros de um determinado grupo devem ser tratados da mesma forma, enquanto membros de grupos distintos mereceriam tratamentos distintos.

Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva:

Porque existem desigualdades é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais – do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos, e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar a injustiça (...).²⁰⁰

Para Otávio Lopes²⁰¹, o conteúdo da premissa aristotélica deve funcionar como ponto de partida e não como ponto de chegada a quem pretenda apreender o conteúdo do princípio da igualdade, uma vez que resta a dúvida de quem seriam os iguais e quem seriam os desiguais.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. p. 70-71.

²⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p.71.

²⁰¹ LOPES, Otávio Brito. *Op. cit.* p.15

Um primeiro passo no sentido de compreender tal princípio se dá pela constatação de que não há necessariamente violação ao princípio da igualdade quando determinado dispositivo legal prevê distinções entre as pessoas. Isso ocorre somente quando as distinções impostas são arbitrárias, ou seja, não são justificadas por valores com relevância constitucional. É o que José Joaquim Gomes Canotilho²⁰² denomina de proibição geral do arbítrio.

Nesse aspecto, há que se falar de uma vertente do princípio da igualdade de grande importância no ordenamento jurídico, que é a regra de não discriminação. Para Maurício Godinho Delgado, “a discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada”²⁰³. Assim, a discriminação revela-se como distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em critério proibido por lei ou constitucionalmente ilegítimo. Ocorre quando, apesar de não haver razão justificável para tratamento diferenciada, não há tratamento igual, o que Leonardo Wandelli²⁰⁴ chama de diferenciação infundada.

A discriminação geralmente é causada pelo preconceito. Nesses casos, tem-se que ela é a própria exteriorização ou materialização deste preconceito, que é tido como “juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica sua, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos, como a cor, o sexo, a nacionalidade, a riqueza etc.”²⁰⁵, como bem salienta Francisco Lima Filho.

Os atos discriminatórios nem sempre são facilmente reconhecidos. Tendo isso em vista, a doutrina identificou três tipos de discriminação: a direta, a indireta e a oculta. A discriminação direta é verificada quando se leva em conta determinada condição ou característica (origem racial, orientação sexual, idade, religião, etc.) para conceder tratamento desfavorável em relação a outras pessoas em situação análoga. A discriminação indireta, que é mais dificilmente constatada, revela-se quando uma prática ou tratamento aparentemente neutro causa desvantagem desproporcional a uma pessoa ou a um grupo em relação aos demais. Já a discriminação oculta distingue-se da indireta pelo fato de que nesta a discriminação é reconhecida pelos efeitos

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 428.

²⁰³ DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios Constitucionais do trabalho**. p. 182.

²⁰⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p.386.

²⁰⁵ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **A discriminação do trabalhador no contrato de trabalho e o princípio constitucional da igualdade**. p. 1199.

danosos desproporcionais, enquanto naquela é verificada a intenção discriminatória escondida por detrás de uma conduta que, em princípio, é neutra. Assim não verificada a discriminação pelos efeitos prejudiciais, resta investigar a intenção do agente.

Posto isto, verifica-se que o princípio da igualdade tem duas vertentes, uma positiva e outra negativa. Conforme afirma Maurício Marca²⁰⁶, a dimensão positiva se dá pela obrigatoriedade comissiva de tratamento igual ou desigual. Nesse sentido, havendo razão suficiente para o tratamento desigual, este deve ocorrer e, caso essa razão não exista, o tratamento deverá ser igual.

A dimensão negativa do princípio da igualdade, de acordo com esse autor, implica a exigência de conduta omissiva, qual seja, a não-discriminação. Assim, o princípio expressa o direito subjetivo fundamental dos indivíduos a não serem discriminados.

O princípio da igualdade, portanto, revela-se como princípio dinâmico, não estático como poderia se aduzir da fórmula *todos são iguais perante a lei*. Como assegura Alcir Sperandio, o que se pretende é que a lei promova “igualações onde seja possível e com os instrumentos de que ela disponha, inclusive desigualando em alguns aspectos para que o resultado seja o equilíbrio justo e a igualdade material e não meramente formal”²⁰⁷.

Com esse objetivo, a Carta Magna de 1988 foi o diploma constitucional que mais firmemente buscou combater a discriminação, por meio de medidas como a tipificação do racismo como crime imprescritível e inafiançável, sujeito à pena de reclusão (artigo 5º, XLII) e a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais (artigo 5º, XLI). Vale destacar que, de 1951 a 1988, a discriminação era considerada contravenção penal, entendida, portanto, como de menor potencial ofensivo.

Seguindo os passos da Constituição Federal, também a legislação infraconstitucional previu regras vedando o tratamento discriminatório. Em 5 de janeiro de 1989, a Lei nº 7.716 definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou cor. Em 13 de maio de 1997, essa lei foi alterada pela Lei nº 9.459 que estabeleceu a pena de reclusão de um a três anos de multa aos crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, ampliando o objeto da Lei nº 7.716.

²⁰⁶ MARCA, Maurício Machado. *A aplicação do princípio da igualdade às relações de trabalho como limitador à autonomia privada à luz da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho*. p. 806.

²⁰⁷ SPERANDIO, Alcir. *Proteção contra a discriminação do trabalhador brasileiro*. p. 98.

A Constituição Federal também alargou sobremaneira a proteção concedida aos trabalhadores contra os atos discriminatórios, o que se verifica em vários incisos do artigo 7º. Embora no Direito do Trabalho já houvesse referências tímidas a proteção contra discriminação no âmbito da relação de emprego, com a Carta de 1988 construiu-se um verdadeiro sistema protetivo dos trabalhadores. Alguns dispositivos foram especificamente destinados aos trabalhadores, como alguns incisos do artigo 7º, já outros, ainda que genéricos, também têm aplicação no Direito do Trabalho, como é o caso do artigo 5º, em alguns de seus incisos.

Segundo Francisco Lima Filho²⁰⁸, esse alargamento da proteção constitucional contra a discriminação refletiu a orientação da Convenção nº 111 da OIT, que foi aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra-1958), entrando em vigor em 15.06.1960. No Brasil, sua aprovação pelo Congresso Nacional se deu pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64 e a ratificação ocorreu em 26.11.65, por meio do Decreto nº 62.150 de 19.01.1968. Encontra-se, portanto, plenamente incorporada ao ordenamento brasileiro, com força de norma constitucional, uma vez que trata dos direitos humanos do trabalhador. Sendo assim, obriga tanto o Poder Público quanto particulares.

Nesta Convenção é reconhecida a aplicação do princípio da igualdade e da não discriminação no Direito Trabalhista. Além disso, são fixados alguns critérios para o tratamento jurídico da desigualdade no trabalho. Dessa forma, a Convenção nº 111 conceituou as práticas que são e as que não são consideradas discriminatórias, a abrangência dos termos “emprego” e “profissão” e determinou as obrigações dos Estados-membros.

Assim, para fins dessa Convenção a discriminação é conceituada como toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão e também qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que seja especificada pelo Estado Membro depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores. “Emprego” ou “profissão”, por sua vez, incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

²⁰⁸ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Op. cit.* p. 1200.

Em conformidade com a legislação internacional e os preceitos constitucionais, também há várias normas ordinárias com mecanismos que visam eliminar a discriminação. São exemplos a CLT, que previu a não distinção entre trabalho intelectual, técnico ou manual (artigo 3º, § único), a proibição de distinção salarial por motivo de sexo (artigo 5º), a proibição de distinções fundadas em sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (artigo 373-A), a equiparação salarial (artigo 461); o Decreto nº 4.377/02 (proteção ao trabalho da mulher); a Lei n. 7.853/89 (reserva de trabalho às pessoas com deficiência); a Lei nº 6.019/74 (proibição de distinção salarial entre empregado e trabalhador temporário), entre outras.

A norma ordinária de maior relevância, contudo, é a Lei nº 9.029/95, que prevê sanções civis, administrativas e criminais para alguns atos discriminatórios tanto na admissão quanto no curso e na extinção da relação de emprego. É vedada qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, especialmente a exigência de atestados de gravidez e esterilização, à qual é cominada a pena de um a dois anos de detenção e multa. Também merece atenção o artigo 4º da Lei, segundo o qual a dispensa discriminatória estabelece a faculdade de o empregado escolher entre a readmissão (melhor seria o termo reintegração) ou o pagamento em dobro da remuneração correspondente ao período de afastamento.

Alerta Rodrigo Trindade de Souza²⁰⁹, que o rol de fatores discriminatórios elencados na Lei não é taxativo, sendo que grande parte da doutrina entende que características do empregado como raça, credo, idade, sexo, opção sexual, situação de saúde, pensamento político e engajamento sindical também apontam para a presença de atos discriminatórios.

Tendo em vista esse quadro legislativo, parece indubitado à doutrina que a proibição constitucional contra a discriminação orienta toda a relação de emprego, desde a sua formação até depois de sua extinção. Nesse sentido, afirma Alcir Sperandio que “nenhum ramo do Direito é mais fértil que o do Trabalho na aplicação do princípio da igualdade, da isonomia ou da não discriminação”²¹⁰.

²⁰⁹ SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Despedida abusiva e antecedentes criminais**.p. 146.

²¹⁰ SPERANDIO, Alcir. *Op. cit.* p. 109.

Questiona-se, porém, se o princípio da igualdade pode ser aplicado nas relações laborais diretamente a partir da Constituição. Sobre o assunto, Maurício Marca afirma que o princípio isonômico não é absoluto, uma vez que se assim fosse, tolheria toda a eficácia de outro princípio constitucionalmente estabelecido (por decorrência da proteção à livre iniciativa e ao direito de propriedade), qual seja, a autonomia privada. Assim, nas relações privadas em que os sujeitos se relacionam em condições de igualdade, o princípio da igualdade se aplica apenas na sua dimensão negativa, proibindo a discriminação. Sabe-se, entretanto, que as relações de trabalho isso não ocorre, visto que há grande disparidade entre as partes, motivo pelo qual nesse tipo de relação o princípio se aplicaria em suas duas dimensões.

Destaca ainda que todos os princípios trabalhistas decorrem do princípio da proteção, o qual reflete um imperativo do reconhecimento da desigualdade entre empregador e empregado. Esse desequilíbrio geraria, segundo o autor, um ambiente propício para as práticas discriminatórias. Por essas razões, Maurício Marca²¹¹ defende que há aplicação direta a partir da Constituição Federal do princípio da igualdade às relações de trabalho desde a fase pré-contratual até a ruptura do contrato.

3.2. DIREITO À INTIMIDADE.

O direito à intimidade surge inicialmente vinculado ao direito de propriedade. Era fruto do personalismo vigente no Estado liberal e representava uma reivindicação burguesa de liberdade para dispor como lhe conviesse de sua vida privada. Tem-se que o primeiro grande desenvolvimento desse direito se deu em um artigo de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis, cujo título era “The right to privacy”, publicado na revista *Harvard Law Review*, de 1890. Esse artigo revelou-se de grande importância, já que nele o direito à intimidade foi desvinculado do direito à propriedade, assumindo os contornos de sua noção moderna, que aponta para o respeito à personalidade humana e à liberdade individual.

Com efeito, o direito contemporâneo classifica o direito à intimidade como direito pertencente à categoria dos direitos de personalidade. Estes, por sua vez, caracterizam-se por serem inatos, essenciais, absolutos (já que são

²¹¹ MARCA, Maurício Machado. *Op. cit.* p. 807.

oponíveis *erga omnes*), imprescritíveis, intransmissíveis, indisponíveis, impenhoráveis, extrapatrimoniais e incorpóreos. Conforme descreve Alice Monteiro de Barros²¹², os direitos de personalidade são divididos em três grupos: os relativos à integridade física (direito à vida, às partes do corpo, à higidez corpórea, ao cadáver, etc.), à integridade intelectual (direito à liberdade de pensamento, à autoria artística e científica e à invenção) e à integridade moral (direito à intimidade, à privacidade, à imagem, à honra, ao segredo, à boa fama, à liberdade civil, política e religiosa).

Apesar de haver muita divergência doutrinária a respeito do conteúdo do direito à intimidade e de sua coincidência ou não com outros direitos (como o direito à privacidade²¹³ e à vida privada²¹⁴), hoje prevalece o entendimento de que o direito à intimidade é mais restrito que os demais direitos com os quais se assemelha. É o que assevera Bruno Lewicki:

Dentro da esfera privada (*lato sensu*), o primeiro círculo concêntrico seria abrangido pela *esfera privada stricto sensu*, onde 'estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo deseja que não se tornem do domínio público'. Nem todos aqueles que convivem com o indivíduo neste âmbito mais amplo terão o acesso franqueado ao segundo círculo, que abrange a *esfera da intimidade* – dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita confiança e com as quais mantém certa familiaridade.²¹⁵

Assim, a intimidade é tida como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, como afirma René Dotti²¹⁶. Nesse sentido, Juliana Medeiros de Barros²¹⁷ classifica o direito à intimidade como direito de personalidade negativo, já que é expresso “pela não exposição a conhecimento de terceiro de elementos particulares da esfera reservada do titular, cabendo a este o arbítrio sobre a decisão de sua divulgação”. Assim também se posiciona Rodrigo Trindade de Souza, para quem se trata de

²¹² BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. p. 26.

²¹³ Para José Afonso da Silva, o direito à privacidade tem maior extensão que o direito à intimidade, abrangendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 202.

²¹⁴ Elimar Szaniawski afirma que o direito à vida privada “consiste no poder determinante que todo indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar”. SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. p. 147.

²¹⁵ LEWICKI, Bruno. A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho. p. 35.

²¹⁶ DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. p. 69.

²¹⁷ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego**. p. 102.

“direito que tem cada cidadão de preservar o que lhe é mais próprio, de apenas dividir com os outros o que bem entender”²¹⁸.

Há diversos dispositivos internacionais que visam proteger o direito à intimidade, dentre eles pode ser citada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), o Pacto sobre Direitos Políticos e Civis da ONU (1976), a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (1969).

Na legislação nacional, dada a evolução tecnológica que propiciou maiores inserções no âmbito da intimidade das pessoas, o direito à intimidade e o direito à vida privada assumiram nível constitucional em 1988, embora já fossem previstos na esfera penal sob a forma de proibição da violação de domicílio (artigo 150 do Código Penal), da violação de correspondência (art. 151 do CP), e da violação de comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica (art. 151, II do CP). Assim, a Carta Magna considera “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, conforme dispõe seu artigo 5º, X. Também assegurou a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, que são manifestações dos direitos à intimidade e à vida privada (artigo 5º, XI e XII).

Importante frisar, com Sandra Lia Simón²¹⁹, que intimidade e vida privada não são conceitos coincidentes, portanto não há prolixidade no Texto Constitucional. Ressalva a autora que no âmbito da vida privada está tudo aquilo que o titular quer manter fora do conhecimento público, enquanto a intimidade envolve tudo que almeja ser mantido apenas em seu conhecimento, oculto até das pessoas mais próximas.

Destaca Sandra Lia Simón²²⁰, que o constituinte foi bastante detalhista ao tratar dos direitos à intimidade e a vida privada, prevendo-os em todos seus aspectos, já que os avanços tecnológicos geraram grandes invasões na vida particular dos indivíduos, o que deu maior relevo a esses direitos. Além de que, a proteção às liberdades individuais mostrava-se indispensável à construção de um Estado Democrático de Direito, especialmente depois de um período ditatorial.

²¹⁸ SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Despedida abusiva e antecedentes criminais**. p. 144.

²¹⁹ SIMÓN, Sandra Lia. **Proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. p. 101.

²²⁰ *Idem*. p. 98-99.

Apesar da relevância, Carlyle Popp²²¹ afirma que o direito à intimidade sofre certas limitações. Quando confrontado com interesses coletivos, seja de ordem histórica, científica, cultural, artística, judicial e policial, de ordem tributária ou econômica, de saúde pública ou de caráter médico profissional, etc., o direito à intimidade perderá sua primazia em prol desses interesses. A invasão, contudo, deverá obedecer aos limites da necessidade no caso concreto.

Na seara juslaborativa, conforme assegura Alice Monteiro de Barros²²², embora não haja previsão do direito à intimidade, ele é plenamente aplicável, já que se trata de direito de personalidade previsto constitucionalmente e, que, portanto, acompanha o indivíduo em todas as suas relações. O empregado, como cidadão, não pode ter suprimidos seus direitos fundamentais. Por ser um direito oponível *erga omnes*, é indubitoso que é oponível também contra o empregador, independentemente de o empregado estar inserido no ambiente empresarial.

Nesse diapasão, Francisco Lima Filho²²³ salienta que o direito à intimidade do trabalhador decorre da dignidade humana, aplicando-se nas relações laborais como limite ao poder do empregador e como garantidor do exercício de outros direitos fundamentais.

A CLT, contudo, apesar de prever no artigo 483 a proteção à honra e à boa fama do empregado, dedicou maior atenção à tutela da integridade física dos empregados, deixando em segundo plano a proteção de sua intimidade e de sua vida privada. O que certamente não impossibilita a aplicação desse direito às relações empregatícias, como bem afirma Juliana Medeiros de Barros:

Sem dúvida, o empregado, ainda que no ambiente de trabalho, possui direito à intimidade e à privacidade, que devem ser preservadas em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, em decorrência da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, corrente defendida no Brasil por Sarlet e Sarmiento.²²⁴

²²¹ POPP, Carlyle. **AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade**. p. 142.

²²² BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 32-33.

²²³ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Convivência dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores com os Poderes Empresariais**: estudo comparativo entre o ordenamento jurídico espanhol e o brasileiro. p. 18.

²²⁴ BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. *Op. cit.* p. 102.

Destaca Sandra Lia Simón que “de nada adiantaria o Estado respeitar o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, se não houvesse mecanismos que impusessem esse mesmo dever aos empresários no âmbito das relações laborais, bem como aos particulares e à sociedade como um todo”²²⁵.

Por outro lado, a Carta Magna também garante o direito de propriedade, o que enseja certas delimitações no direito à intimidade do empregado no ambiente de trabalho, desde que não atinjam sua dignidade. Assim, podem ocorrer colisões entre o poder diretivo do empregador e o direito à intimidade do empregado.

Nesses casos, afirma Maurício Godinho Delgado²²⁶ que, por não haver direito absoluto, embora alguns possam ser hierarquicamente mais relevantes que outros, devem-se aplicar as diretivas da proporcionalidade, razoabilidade e não-abuso de direito para que todos os princípios e prerrogativas envolvidos sejam aplicados de forma justa.

3.3. SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (AIDS).

A AIDS tem como origem mais provável a África Central, onde o vírus estaria presente, de forma não patológica, em macacos verdes, produzindo uma infecção benigna. Através de transfusões sangüíneas experimentais o HIV teria passado para o ser humano, adaptando-se muito bem e assumindo o caráter patológico²²⁷. A primeira evidência de infecção foi percebida no Congo, em 1959.

Em 1981, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida foi descrita pela primeira vez nos Estados Unidos, quando os *Centers for Disease Control and Prevention* foram comunicados de vários casos de pacientes homossexuais masculinos, previamente saudáveis, com comprometimento do sistema imunológico. Os primeiros casos no Brasil foram conhecidos em 1982, na região sudeste.

Conforme asseveram Márcia Rachid e Mauro Schechter²²⁸, a transmissão do HIV pode se dar por três formas: sexual, sanguínea e vertical. A

²²⁵ SIMÓN, Sandra Lia. *Op. cit.* p. 102.

²²⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do trabalho*. p. 188.

²²⁷ VOIGT, Lineo. *A AIDS e a incapacidade para o trabalho*. p. 4.

²²⁸ RACHID, Márcia e SCHECHTER, Mauro. *Manual de HIV/AIDS*. p. 4.

transmissão sexual é a principal forma de contágio e é bidirecional tanto nas relações heterossexuais como nas homossexuais. A transmissão sanguínea, que era responsável por grande parte do contágio no início da epidemia, tem sofrido redução com os controles e testes realizados nos bancos de sangue. Todavia, a transmissão através de compartilhamento de seringas e agulhas por usuários de drogas injetáveis vem aumentando. A transmissão vertical, por sua vez, é aquela que se dá pela transmissão do vírus da mãe para o filho durante a gestação, parto ou amamentação.

Doutrinariamente, costuma-se dividir a infecção pelo HIV em três fases: fase aguda, fase assintomática e fase sintomática. Sem que haja intervenção médica, a média do tempo de progressão da fase aguda para a sintomática é de dez anos, podendo variar de um indivíduo para o outro.

Em média duas semanas após o contágio, aparecem os sintomas da primeira fase, a fase aguda. Ela é caracterizada, na maioria dos casos, por uma síndrome gripal com sintomas como febre, faringite, mialgia (dor muscular), fadiga. Os sintomas podem se manifestar por até quatro semanas. Conforme assevera Lineo Voigt²²⁹, nesse período a doença é de difícil detecção, uma vez que ainda não existem anticorpos circulantes.

Já a fase assintomática, que sucede a aguda, é caracterizada pela baixa incidência de sintomas. Sua duração é indeterminada e nela ocorre a disseminação do vírus, com a infecção e destruição de células, especialmente as do sistema imunológico (sobretudo os linfócitos CD4+), que tem como conseqüências a redução da imunidade e a instalação da imunodeficiência.

Na fase sintomática, por sua vez, o paciente costuma apresentar sudorese noturna, perda de peso progressiva, febre e diarreia prolongadas, gripe, sinusite, candidíase, gengivite e herpes.

Segundo Lineo Voigt²³⁰, a manifestação da AIDS, propriamente dita, se dá por uma fase de imunodeficiência tão agravada que propicia o desenvolvimento de doenças oportunistas de forma tão grave que podem levar o doente à morte. Vírus, bactérias, fungos, protozoários, etc. se aproveitam do estado de baixa imunidade para causar doenças de forma mais agressiva.

Dá-se o diagnóstico pela verificação de anticorpos do HIV no sangue. Somente quando o resultado for positivo em dois tipos de exame (geralmente métodos Elisa e Westernblot) o paciente é considerado portador do vírus.

²²⁹ VOIGT, Lineo. *Op. cit.* p. 10.

²³⁰ VOIGT, Lineo. *Op. cit.* p. 12.

Como destaca Mariana Ribeiro Santiago²³¹, é importante a distinção de nomenclatura que é utilizada pelos profissionais e literatura especializados referente aos pacientes da síndrome. Opta-se por dar preferência aos termos “pessoas soropositivas”, “portadores assintomáticos”, “portador do vírus HIV” para pessoas que apesar de terem o vírus, não desenvolveram a doença; e “doente de AIDS” ou “pessoas com AIDS” para quem a doença já se manifestou. Segundo Santiago, essas expressões são privilegiadas em detrimento do termo “aidético” que contraria a dignidade humana do enfermo por trazer idéias negativas e preconceituosas sobre a doença, produzindo exclusão social.

De acordo com o que afirma a mesma autora²³², as diversas formas de exclusão do enfermo não são novidade na história da epidemia. Dentre elas, a negativa de acesso a tratamento de saúde, dispensas discriminatórias, imposição de testes admissionais, marginalização e isolamento.

Nos anos 80, a AIDS era vinculada aos chamados “grupos de risco”, que eram basicamente os profissionais do sexo, usuários de droga e homossexuais. Apesar de ainda existir muito preconceito sobre esses grupos, a doença revelou que qualquer tipo de pessoa pode ser infectada, sendo reconhecidos atualmente os “comportamentos de risco”, como as relações sexuais sem preservativo, conforme afirma Costa Neto²³³.

Como descreve Richard Parker²³⁴, um estudo realizado no Brasil pelo escritor Herbert Daniel concluiu que algumas pessoas tendem a afastar a idéia de que possam ser infectadas pelo HIV. Isso decorre, segundo o autor, especialmente da influência que a mídia e a cultura têm sobre as pessoas, levando-as a formar imagens imprecisas da epidemia antes de terem qualquer contato real com ela.

Para Santiago²³⁵, a AIDS é considerada a mais estigmatizada das doenças e por envolver muito preconceito, os direitos dos portadores de HIV são violados de maneira mais constante e mais grave.

²³¹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **A AIDS e o direito fundamental ao trabalho**. p. 3.

²³² *Idem*. p. 4.

²³³ COSTA NETO, José Gomes da. **Demissão arbitrária do empregado com AIDS e direito à reintegração**. Disponível em WWW.URL em: http://mail.falnatal.com.br:8080/revista_nova/a4_v2/artigo_5.pdf.

²³⁴ PARKER, Richard. **HIV and AIDS-related stigma and discrimination: a conceptual framework and implications for action**. p. 17- 20.

²³⁵ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.* p. 3.

Nesse sentido é importante a noção de estigma trazida por Carlos Roberto Bacila, segundo a qual “estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo”²³⁶. Esclarece o autor que inicialmente tratava-se de uma marca feita a fogo no rosto ou nas costas das pessoas, mas que essa noção não mais subsiste, adotando-se atualmente a idéia de estigma que envolve a imagem social que se faz de determinada pessoa. Revela ainda que o estigma tem duas dimensões: uma objetiva, dada por um sinal, um uso, a cor da pele, a origem, a doença, a nacionalidade, a embriaguez, a pobreza, a religião, o sexo, a opção sexual, a deficiência física ou mental, etc., e uma dimensão subjetiva referente à qualificação negativa que se dá a esses estados ou características.

Nesse contexto, Richard Parker salienta que no caso do estigma da AIDS, a doença raramente é a única causa geradora da estigmatização. Na maioria das culturas, a discriminação se dá também em consequência de outras formas de exclusão e estigmatização, pré-existentes e/ou independentes da AIDS. Assim, dentre o grande número de estigmas pré-existentes que poderiam estar ligados com a AIDS, e que variam de acordo com as características sócio-culturais de cada país, é possível identificar pelo menos quatro eixos comuns em resposta à AIDS: 1) estigma relacionado à sexualidade, 2) ao gênero, 3) à raça ou etnia e 4) à pobreza ou marginalização econômica.

Pelo fato de a infecção pelo HIV ter sido tão vinculada à transmissão sexual e a práticas sexuais tidas como não convencionais, é profunda a relação entre o estigma sexual pré-existente à AIDS e o desenvolvimento do estigma que envolve a epidemia. O vínculo da AIDS com a homossexualidade, a prostituição, a “promiscuidade” e com “desvios sexuais” marcam a história da epidemia e ainda funcionam como o aspecto mais profundamente enraizado do estigma e da discriminação envolvendo AIDS e HIV.

No que diz respeito ao estigma do gênero, na maioria das sociedades em que houve infecção de mulheres, esta foi associada àquelas mulheres de comportamento sexual não-convencional, em especial, as prostitutas, que foram tidas como vetores de infecção, e as mulheres de comportamento sexual “promíscuo”. Essa idéia é, segundo o autor, desvinculada da realidade epidemiológica, uma vez que foram identificadas altas taxas de transmissão

²³⁶ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. p. 24-38.

heterossexual entre mulheres casadas que tinham o marido como único parceiro.

Da mesma forma, no início da epidemia nos EUA ocorreu a estigmatização em relação às populações negras (em especial haitianos e africanos) e latinas e também em relação aos economicamente marginalizados. Hoje é claro que a marginalização dessas minorias esteve intimamente ligada com a sua vulnerabilidade em face à epidemia.

Outro estudo, realizado por De Bruyn²³⁷, identificou cinco fatores que contribuem para a estigmatização da AIDS: a) o risco de morte causado pela doença, b) o medo das pessoas de se infectarem, c) a associação da doença com comportamentos já estigmatizados, d) a idéia de que infectados são responsáveis por terem contraído o vírus e e) crenças morais e religiosas no sentido de que a doença é resultado de um erro moral que merece punição.

Como conseqüências da estigmatização, Carlos Roberto Bacila²³⁸ aponta a exclusão dos estigmatizados das relações sociais, bem como o comportamento daqueles tidos como “normais” no sentido de não constatar as qualidades dessas pessoas e de ter expectativas negativas em relação a elas. Dessa forma, segundo afirma o autor, os estigmatizados são rotulados e julgados sem que sejam conhecidos efetivamente, o que sem dúvidas também se aplica ao estigma da AIDS, conforme bem conclui Richard Parker:

Pessoas são vitimizadas e culpadas, divisões sociais são reforçadas e reproduzidas, e novas infecções continuam a acontecer enquanto as pessoas continuarem sistematicamente a não entender a natureza da epidemia e as suas causas²³⁹.

Por essas razões, faz-se necessário desmistificar a AIDS para, com isso, proporcionar aos soropositivos condições de vida condizentes com a dignidade da pessoa humana, o que pressupõe uma convivência em comunidade livre do isolamento social que a discriminação lhes causa.

²³⁷ PARKER, Richard. *Op. cit.* p. 20.

²³⁸ BACILA, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 28.

²³⁹ PARKER, Richard. *Op. cit.* p. 22. Tradução livre.

3.4. RESPOSTA PELO DIREITO.

Apesar dos importantes avanços conseguidos pela medicina no sentido de proporcionar condições de vida normais aos portadores do HIV e de esclarecer sobre os riscos de contágio da doença, na tentativa de desmistificá-la, como afirma José Luciano de Castilho Pereira²⁴⁰, o comportamento humano nas relações sociais não acompanha o avanço científico. Por esse motivo, o portador do vírus ainda é alvo de muito preconceito, o que, no ambiente de trabalho pode levar ao isolamento, ao assédio moral e, em especial, a despedidas abusivas. Nestas, há abuso do direito de despedir do empregador já que através da dispensa se configura ofensa a direitos de empregado portador.

Em meio a esse contexto, apresentou-se a divergência jurídica, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, sobre a garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS. De um lado há uma corrente que defende o direito do infectado de ter seu vínculo de emprego mantido, decorrendo daí o direito a reintegração em caso de despedida sem justo motivo e, de outro, a corrente que entende não existir esse direito à manutenção do vínculo.

Um dos principais defensores da corrente negativa é Sérgio Pinto Martins. O autor afirma que:

Caso a empresa cumpra a lei, pagando a indenização de 40% sobre os depósitos fundiários, por ocasião da dispensa, não haverá nenhum óbice para o desligamento do soropositivo de AIDS do emprego. O empregador, assim procedendo, estará exercitando livremente o poder potestativo de dispensar o empregado, sem a consequência de ser condenado a reintegrá-lo no emprego, devendo, apenas, pagar as verbas rescisórias correspondentes²⁴¹.

A tese sustentada por Sérgio Pinto Martins teria fulcro no princípio da legalidade, uma vez que não seria possível compelir o empregador a reintegrar o empregado soropositivo pelo fato de não haver dispositivo legal que assegure a estabilidade dos portadores do HIV, como ocorre com os membros da CIPA e dirigente sindicais, por exemplo. Nesse contexto, impende mencionar que através do Projeto de Lei nº. 267/1999²⁴² tentou-se implementar a estabilidade

²⁴⁰ PEREIRA, José Luciano de Castilho. *A garantia de emprego para o portador do vírus HIV*. p. 15.

²⁴¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. p. 421-423.

²⁴² “O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º. A Consolidação das Leis do Trabalho passa a vigorar acrescida do seguinte art. 492-A.

do empregado portador do vírus HIV. Contudo, esse Projeto de Lei, que alteraria a CLT, foi objeto de veto pelo Presidente da República em 06 de dezembro de 2001.

Assim, inexistindo comando legal a determinar a garantia de emprego, estaria o juiz a violar o princípio da separação dos Poderes ao determinar a reintegração, já que estaria legislando e não julgando, conforme defende Sérgio Pinto Martins.

Para o autor, a inexistência de leis que regulamentem tanto o artigo 5º, XLI como o artigo 7º, I, ambos da Constituição Federal, impede que tais dispositivos sejam usados como fundamentos da vedação da dispensa do portador de HIV. Também afirma que a Lei nº 9.029/95, que sanciona atos discriminatórios antes e durante o vínculo de emprego, não se aplica aos soropositivos, já que é dirigida principalmente à proteção das mulheres.

A única exceção trazida por Sérgio Pinto Martins é a hipótese de o doente de AIDS estar recebendo algum benefício do INSS (auxílio-doença ou outro benefício previdenciário), caso em que se trata de suspensão do contrato de trabalho, nos termos do artigo 476 da CLT. Conforme o artigo 1º, I, e da Lei nº 7.670/88, o doente de AIDS tem direito ao recebimento de auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como à pensão por morte aos seus dependentes. Ressalva o autor que o empregado somente terá direito aos benefícios previdenciários caso a doença se manifeste, de forma que em se tratando de dispensa de portador assintomático não haveria direito à reintegração, já que com a extinção do contrato o empregador não estaria obstando o direito do obreiro de receber os benefícios do INSS.

Já Mauro de Souza²⁴³ traz outro argumento para afastar a estabilidade do portador do vírus HIV, qual seja, o princípio da igualdade. Segundo o autor, constituiria uma ofensa a esse princípio conceder a estabilidade para os portadores dessa doença em detrimento dos portadores de outras também graves, como a lepra, por exemplo.

‘Art. 492-A. O empregado portador do vírus HIV não poderá ser despedido senão por motivos de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas.’

Art. 2º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de sessenta dias a contar de sua publicação.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

²⁴³ SOUZA, Mauro César Martins de. **Estabilidade provisória do trabalhador aidsético**: posição jurisprudencial e efetividade do processo.

O posicionamento adotado por essa corrente também é verificado na jurisprudência:

GARANTIA DE EMPREGO. DOENTE DE AIDS. O doente de AIDS não tem direito à garantia de emprego, por falta de previsão legal nesse sentido. Não foi provada discriminação para o autor. (RO 01331-2002-064-02-00-5, TRT 2ª Região – SP. Rel. Sérgio Pinto Martins, 3ª Turma. Publ: 17/02/2004).

REINTEGRAÇÃO AO EMPREGO. O direito de despedir sem justa causa é potestativo, limitando-se pelas normas legais que vedam a dispensa. Não estando o empregado protegido por nenhuma das estabilidades legais, não há como determinar a reintegração. Recurso conhecido e desprovido. (RO 00534-2004-004-10-00-9, TRT 10ª Região – DF/TO. Rel. Maria Regina Machado Guimarães, 1ª Turma. Publ: 20/05/2005).

Ainda dentro da corrente negativa, há parte da jurisprudência que entende cabível, em caso de despedimento discriminatório, a indenização por danos morais ao obreiro soropositivo:

DANO MORAL - DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV - A dispensa injustificada, motivada por discriminação em relação a empregado portador de doença grave, gera dano ao patrimônio moral do trabalhador. No caso dos autos houve discriminação, pois a Reclamante foi dispensada por ser portadora do vírus HIV, o que ensejou comentários por parte dos demais empregados da Reclamada. Assim, deve a Ré ser responsabilizada pela reparação dos danos morais. (RO 08631-2005-003-09-00-0, TRT 9ª Região – PR. Rel. Arnor Lima Neto, 4ª Turma. Publ: 30/01/2007).

RECURSO ORDINÁRIO DESLIGAMENTO SEM JUSTA CAUSA DE PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS Ao ser humano se destina todas as coisas, razão da existência do próprio universo, permitidas considerações metafísicas. A dignidade é fundamento da República, razão pela qual o desligamento sem justa causa de portador do vírus da AIDS não deve passar sem reprimenda no âmbito da reparação por danos morais, constituindo-lhe ofensa a mera aparência de que se está agindo em decorrência de uma ação patronal potestativa. Condenação de origem que deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. (RO 00715/2007-014-07-00-1, TRT 7ª Região – CE. Rel. Claudio Soares Pires, 2ª Turma. Publ: 08/07/2008).

Já na corrente positiva, vários são os argumentos apresentados para defender a manutenção do vínculo de emprego do trabalhador infectado. Nesse contexto, Jólíia Lucena da Rocha²⁴⁴ defende não apenas a estabilidade provisória do portador de HIV, como também de portadores de doenças similares. Para ela, cumpre ao Direito proteger a dignidade do portador, sua vida, seus direitos, em busca do ideal de justiça e não se limitar a conceder

²⁴⁴ ROCHA, Jólíia Lucena da. *Op. cit.* p. 18-30.

paliativos, como o direito dos portadores de levantar o FGTS, previsto no artigo 1º, II da Lei nº 7.670/88.

Afirma Jólia Lucena da Rocha que tanto a dispensa do portador durante a suspensão do contrato, quando já está recebendo benefício previdenciário, quanto a dispensa durante a interrupção, nos quinze dias que antecedem a concessão do benefício pelo INSS ensejam o direito do empregado soropositivo a ser reintegrado. No primeiro caso pelo fato de se tratar de período suspensivo, em que o empregador não pode despedir o empregado. No segundo porque a dispensa no período de interrupção seria obstativa do direito de empregado de receber os benefícios previdenciários. Quanto à possibilidade de o obreiro portador ser aposentado por invalidez, a autora acredita não ser essa a medida mais acertada, uma vez que para a aposentadoria por invalidez é indispensável que o empregado esteja incapacitado definitivamente para o trabalho, o que, via de regra, não ocorre com o portador de HIV. Assegura a autora que a doença não retira a capacidade laboral do infectado, podendo apenas reduzi-la em certos casos, nos quais o obreiro não deve ser aposentado, mas ter a sua função modificada.

Também não faz sentido, de acordo com o que afirma Santiago²⁴⁵, a limitação do direito ao trabalho do soropositivo com fundamento no risco de transmissão aos colegas, uma vez que hoje a ciência já demonstrou que o contágio não acontece de forma tão simples, sendo necessário o contato de fluidos corpóreos do portador com o sangue de outra pessoa.

Nesse sentido é o que esclarece a Declaração da Reunião Consultiva sobre a AIDS e o Local de Trabalho²⁴⁶ elaborada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em conjunto com a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa Declaração versa principalmente sobre a preservação dos direitos do portador de HIV nas relações de trabalho, especialmente no que diz respeito à não-discriminação e à dignidade da pessoa humana. Consta no documento que na maioria das profissões e ocupações, o trabalho não traz risco de transmissão do vírus de um empregado para os demais ou para os clientes ou destes para o empregado. O mesmo instrumento internacional recomenda que os portadores do vírus sem manifestação da doença sejam tratados como qualquer outro empregado, enquanto os que apresentam sintomas devem ser tratados como qualquer empregado doente. Acrescenta o documento que a

²⁴⁵ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.* p. 9.

²⁴⁶ Disponível em WWW.URL em <http://www.aidsportal.org/store/943.pdf>

investigação do HIV/AIDS não deve ser realizada na fase de contratação, tampouco durante o desenvolvimento do contrato, abrangendo essa investigação tanto os métodos diretos (teste de HIV) como métodos indiretos (análise de comportamentos de risco). Assim, como salienta Alice Monteiro de Barros²⁴⁷, busca-se evitar não apenas a discriminação baseada em estado de saúde, como também o preconceito da sociedade contra pessoas pertencentes aos chamados “grupos de risco”.

Além disso, esclarece a Declaração que não há obrigação de o empregado informar ao empregador sobre sua condição de soropositividade. Conclui também que a infecção pelo HIV, por si só, não acarreta limitação na capacidade laborativa. Se esta é prejudicada pelas enfermidades decorrentes da doença, devem ser realizadas alterações nas condições de trabalho a fim de que o portador possa continuar trabalhando. A infecção também não é causa para a ruptura do contrato de trabalho. Como em muitas outras doenças, enquanto o empregado estiver apto, deve continuar prestando serviços, ainda que isso implique mudança de funções.

No que concerne à prerrogativa do empregador de conhecer a condição de soropositivo do empregado, a doutrina majoritária entende que esta não existe. Não há dever do obreiro em revelar a sua infecção e tampouco pode o empregador realizar testes sorológicos, sob pena de ser violar o princípio constitucional da intimidade e da vida privada. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, através da Resolução nº 1.665/2003, além de estabelecer a obrigatoriedade de os médicos atenderem os portadores de HIV, também previu que o sigilo médico deve ser rigorosamente respeitado em relação aos portadores de HIV, sendo notadamente resguardado em relação aos empregadores e aos serviços públicos.

Para Maurício Rands, os direitos da privacidade e da não discriminação devem ser assegurados ao empregado infectado pelo HIV, pois a manutenção do seu trabalho em condições dignas é fator fundamental para a sua sobrevivência e inserção na sociedade, entendendo que “o direito do trabalho passa a desempenhar um papel fundamental para evitar que a morte social preceda a morte física do soropositivo”²⁴⁸.

²⁴⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à Intimidade do Empregado**. p. 90.

²⁴⁸ RANDS, Maurício. **Direito do Trabalho e AIDS**. p. 478. Apud. LEWICKI, Bruno. *Op. cit.* p. 129.

Entende Alice Monteiro de Barros²⁴⁹ que o direito ao sigilo quanto ao próprio estado de saúde e à manutenção de uma vivência laboral é abrangido pela dignidade da pessoa humana. Contudo, esse direito encontra limites quando o trabalho não é compatível com o estado de saúde do empregado e daí decorre risco para a saúde de outras pessoas. A proteção contra o contágio seria um interesse geral e social e, além disso, um direito subjetivo de cada indivíduo de ser preservado daquele mal, de forma que permitiria a adoção de critérios para se avaliar quando seria adequada a investigação do HIV. Vale ressaltar que, segundo a autora, apenas as pessoas que no exercício de sua função possam comprovadamente transmitir o vírus ou ser infectadas podem ter essa limitação a sua privacidade. Ainda nesses casos, é indispensável a autorização expressa do empregado para a realização do exame, conforme assevera Alice Monteiro de Barros:

O teste, em questão, feito às escondidas do interessado, lesa a liberdade do indivíduo e o seu patrimônio moral, violando-lhe o direito à intimidade; supõe uma intromissão em um aspecto reservado da pessoa, qual seja, a sua saúde. Fatos relativos às enfermidades e respectivo tratamento pertencem à esfera do íntimo, devendo ser preservados dos sentidos dos outros. E lembre-se que a violação ao direito à intimidade implica indenização por dano moral, sem prejuízo daquela advinda de danos materiais²⁵⁰.

Salienta ainda a autora²⁵¹ que a nem mesmo a previsão do artigo 168 da CLT, que torna obrigatória a realização de exames admissionais, periódicos e demissionais pelo empregador (e cujos resultados devem ser comunicados ao empregado), permite investigações que possam detectar o vírus HIV. Isso porque tais exames objetivam apenas verificar as condições físicas e mentais do obreiro para o exercício de determinada função, finalidade a que não se presta a investigação de soropositividade. Sendo assim, conforme entende José Gomes da Costa Neto²⁵², o empregador não pode exigir o exame de HIV como requisito para a contratação ou conservação do contrato de trabalho, tampouco dispensar o empregado soropositivo, vez que fundado nesse motivo, o despedimento seria discriminatório.

²⁴⁹ BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.* p. 92-94.

²⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **AIDS no local de trabalho: um enfoque de direito internacional e comparado.** p. 71-72. Disponível em WWW.URL em: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_62/Alice_Barros.pdf.

²⁵¹ Idem, *ibidem*.

²⁵² COSTA NETO, José Gomes da. **Demissão arbitrária do empregado com AIDS e direito à reintegração.** Disponível em WWW.URL em http://mail.falnatal.com.br:8080/revista_nova/a4_v2/artigo_5.pdf.

Nesse diapasão, outro argumento que vem sendo levantado pela corrente positiva é que a dispensa de empregados soropositivos afronta a Lei nº 9.029/95, que proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação de trabalho.

Afirma Wagner Gusmão Reis Jr.²⁵³ que com o artigo 3º, IV, da Constituição Federal, o legislador constituinte visou proibir qualquer prática discriminatória na sociedade, inclusive as que ainda não tinham se manifestado à época da promulgação da Carta Maior, mas que pudessem surgir posteriormente. Por essa via, também foi institucionalizada a proteção dos soropositivos, sobre quem existe um forte preconceito. No âmbito infraconstitucional, a Lei nº 9.029/95 teria sido sancionada para dar maior efetividade ao artigo 3º, IV constitucional. Conforme assegura o autor, embora essa lei não se refira especificamente aos portadores do vírus, não apenas as práticas discriminatórias expressamente previstas na norma devem ser repelidas, já que a *mens legis* seria no sentido do combate generalizado de toda forma de discriminação na relação de emprego. Disso decorreria, portanto, a aplicação da Lei nº 9.029/95 aos casos de despedimento discriminatório de empregados soropositivos, facultando-se ao empregado a reintegração ou o recebimento em dobro da remuneração do período de afastamento com correção monetária e juros legais.

Também é esse o entendimento de Alexandre Medeiros²⁵⁴, que assevera que o rol de artigo 1º da Lei nº 9.029/95 é meramente exemplificativo e pode, portanto, abranger outras circunstâncias discriminatórias, como as que envolvem razões políticas, religiosas, físicas ou psíquicas. Nesses termos defende que:

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a necessidade de se dar efetividade aos objetivos constantes no inciso IV, do art. 3º, da CF e o próprio teor do artigo 8º, da CLT, propiciam a aplicação analógica dos dispositivos da lei em tela para a hipótese dos aidéticos, sem maiores problemas.²⁵⁵

Nesse passo, surge uma questão relevante no que diz respeito ao reconhecimento pelo Direito do caráter discriminatório do despedimento: a necessidade de comprovação da prática discriminatória. Parcela da doutrina

²⁵³ REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Op. cit.* p. 56-58.

²⁵⁴ MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. *Op. cit.* p. 70-71.

²⁵⁵ Idem, *ibidem*.

entende que o conteúdo discriminatório deve ser provado pelo trabalhador infectado pelo vírus HIV para que o mesmo faça jus à reintegração. Alguns autores²⁵⁶ defendem que deve haver, pelo menos, a comprovação de que o empregador tinha ciência da soropositividade do empregado.

Há doutrinadores, porém, que entendem que a dispensa do trabalhador portador é presumidamente discriminatória, em razão da dificuldade material que teria o obreiro em provar um comportamento de tal natureza; de tal forma, o ônus probatório recairia sobre o empregador. Para Leonardo Wandelli²⁵⁷, a única prova que deveria ser feita pelo autor é a de indícios ou circunstâncias a partir dos quais se possa presumir a discriminação; no caso da AIDS, a própria infecção pelo vírus HIV. Partilha do mesmo entendimento Wagner Gusmão Reis Jr:

Assim, em se tratando de dispensa de empregado soropositivo, a presunção se justifica em virtude da quase impossibilidade de se comprovar, em juízo, o ato discriminatório perpetrado. Até mesmo a prova testemunhal – que seria a mais racionalmente cogitada na hipótese – tem sua produção pouco provável, na medida em que tais atos, por tão arbitrários e socialmente repugnantes, geralmente não se concretizam diante de terceiros.
(...) Obviamente, a presunção a respeito da qual estamos a tratar apresenta-se sob a modalidade *juris tantum*, isto é, admite prova em contrário.²⁵⁸

A par desses argumentos, coloca-se a questão dos efeitos sociais e econômicos que a cessação do contrato de trabalho pode ocasionar na vida do trabalhador portador. Mariana Santiago²⁵⁹ assevera que o convívio social, em ambiente de trabalho sadio, é de grande importância para que o soropositivo mantenha sua auto-estima, o que é essencial para o tratamento da doença e para uma melhor qualidade de vida do portador, pois contribui para a manutenção seu equilíbrio psicológico. Além de que, conforme afirma a autora, o salário é especialmente importante no caso de empregados soropositivos, que dependem dele não somente para a sua subsistência, mas também para comprar remédios sem os quais o seu período de vida restante diminuirá em decorrência da doença.

²⁵⁶ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.* p. 13 e LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Despedida do Empregado Aidético**. Disponível em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-009.htm>.

²⁵⁷ WANDELLI, Leonardo Vieira. *Op. cit.* p. 413.

²⁵⁸ REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Op. cit.* p. 69.

²⁵⁹ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.* p. 12.

Para Wagner Gusmão Reis Jr.²⁶⁰, existe a necessidade de se analisar o tema da garantia de emprego do portador de HIV sob um ponto de vista constitucional, já que esta garantia estaria situada numa “zona cinzenta das relações reguladas pelas normas jurídicas”. Para o autor, essa discussão traz o confronto de duas garantias constitucionais: de um lado a garantia de reserva legal²⁶¹, prevista no artigo 5º, II, da Constituição Federal, da qual decorreria a necessidade de uma norma protetiva do empregado soropositivo e de outro, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho (fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do artigo 5º, III e IV, da CF), a necessidade de construção de uma sociedade justa e solidária e de redução das desigualdades, a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação (objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil), a igualdade e a inviolabilidade do direito à vida, garantias fundamentais basilares da ordem jurídica.

Quanto a isso, defende que o rol de direitos trabalhistas elencados no artigo 7º da Constituição Federal não é *numerus clausus* e, portanto não há necessidade de lei complementar para que esses direitos sejam ampliados. O próprio dispositivo permitiria a criação de outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, sem qualquer violação ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido, afirma Wagner Gusmão Reis Jr. que tratar da garantia de emprego do portador de HIV é tratar da subsistência de pessoas que sofrem discriminação fundada em puro preconceito e que são socialmente marginalizadas. Falar de trabalho seria falar da sobrevivência digna dessas pessoas. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho estariam intimamente ligados.

Prossegue o autor afirmando que a garantia de emprego do empregado soropositivo reflete a proteção do direito à vida:

Quando o Estado-juiz nega a garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS sob a justificativa de ausência de lei que a conceba, está, em verdade, frustrando o cumprimento do princípio do acesso à Justiça. Mas, além disso, o não reconhecimento da garantia ao portador do vírus da AIDS redundaria na afetação do meio de subsistência de pessoa cuja saúde inspira sérios cuidados, o que reflete na violação e no

²⁶⁰ REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Op. cit.* p. 52.

²⁶¹ Wagner Gusmão Reis Jr. conceitua reserva legal como “preceito pelo qual um determinado comportamento só deve se concretizar se expressamente previsto por norma.” *Idem.* p. 53.

abalo ao direito mais basilar, sem o qual o próprio Direito – como ciência – perde seu sentido de existência, qual seja, o direito à vida²⁶².

Por esses motivos, Wagner Gusmão Reis Jr. defende a garantia de emprego do portador de HIV sob a forma de estabilidade, sendo presumidamente discriminatória a dispensa de obreiro soropositivo não justificada por uma das causas elencadas no artigo 482 da CLT, gerando direito à reintegração para o empregado. Além disso, também como forma de garantia de emprego, propugna pela criação de normas impositivas da contratação de percentual de funcionários portadores de HIV, prática a ser incentivada pelo Estado com estímulos fiscais²⁶³.

Posicionamento semelhante é o adotado por Mariana Santiago²⁶⁴, para quem cumpre ao Estado e à sociedade como um todo incentivar e facilitar o trabalho do soropositivo, vez que o trabalho é um direito e uma liberdade individual que reflete diretamente no direito à vida e na dignidade humana e, além disso, o trabalho do portador de HIV contribui para o desenvolvimento econômico-social do país, pois sua capacidade laborativa não sofre redução em decorrência da doença.

A partir dos argumentos apresentados, a jurisprudência trabalhista que se filia à corrente positiva, ou seja, que entende ser devida a garantia de emprego ao portador de HIV, posiciona-se basicamente de duas formas. A primeira delas entende que a dispensa sem justo motivo de empregador soropositivo é presumidamente discriminatória, pelo que tem o obreiro o direito à reintegração ao seu posto de trabalho. Por se tratar de presunção *iuris tantum*, poderá o empregador elidi-la através da comprovação do justo motivo que ensejou o despedimento. É o que se verifica pelas seguintes decisões:

AIDS – EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV – DISPENSA - DISCRIMINAÇÃO- CONSTITUICAO FEDERAL E CONVENCÃO N. 111 DA OIT - PROVA INDICIÁRIA. REINTEGRAÇÃO – O MAIS-ALÉM DO TEXTO DA LEI: O DIREITO E A JUSTIÇA - O contrato individual de trabalho caracteriza-se como importante instrumento de inclusão social apto a amalgamar princípios e direitos fundamentais, de que são exemplos os incisos II, III e IV do art. 1º, o *caput* e incisos X e XLI do art. 5º., o art. 6º., o *caput* do art. 170 e 193, da Constituição Federal. O nosso ordenamento jurídico, salvo raríssimas exceções expressamente previstas, refuta a estabilidade no emprego, apesar da trilha apontada, desde 1988, pelo art. 7º., inciso I, da Constituição. Dessa forma, a empregadora enfeixa em suas mãos o poder de resilição contratual, por intermédio do qual

²⁶² REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. *Op. cit.* p. 61.

²⁶³ *Idem.* p. 73-74.

²⁶⁴ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *Op. cit.* p. 13.

pode dispensar o empregado sem justa causa, pagando-lhe os direitos inerentes à rescisão sem justa causa. Não lhe é, contudo, outorgado o direito de abusar deste poder, desviando-o de sua finalidade. Uma coisa é despedir o empregado sem justa causa; outra é preencher este vazio – falta de justa causa – com um motivo subjacente lastreado em ato discriminatório. O princípio da igualdade, talhado ao longo dos séculos pelo homem e para o homem, é um autêntico direito fundamental delineador da personalidade humana e dirige-se tanto em face do Estado, quanto do particular, que não podem pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas. Não se desnatura o princípio da igualdade pela circunstância de a conduta ser proveniente de empregadora, empresa privada, ou de empregador, pessoa física, eis que, neste aspecto, adquire as características de um direito social, exercitável pela via da ação judicial, ainda que infiltrada no âmbito das relações privadas. A síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS) que, segundo *Pedrotti*, é “o conjunto de alterações provocadas pela perda de imunidade mediada por células, a partir da ação de um agente viral, provavelmente o HTLV 3 ou LAVE e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de kaposi” (*Pedrotti, Irineu Antônio, “Da AIDS e do Direito”, Revista dos Tribunais, 1982, abril de 1993, vol. 690, pág. 295*), nem sempre acarreta a impossibilidade da prestação de serviços, por parte dos infectados, permitindo-lhes, sem risco para os companheiros de trabalho e para a sociedade, a ocupação de um posto de trabalho, que muito lhe será proveitoso para fins de integração social. Muito embora a empregadora não tenha manifestado expressamente que a dispensa tivesse por fundamento o fato de o empregado ser portador do vírus HIV, a prova indiciária apontou para a prática de ato discriminatório, não podendo o julgador esperar que em casos desta natureza a prova seja exuberante. A prova indiciária, que a cada dia ganha maior importância, compreende todo e qualquer rastro, vestígio ou circunstância relacionada com um fato devidamente comprovado, suscetível de levar, por inferência, ao conhecimento de outro fato até então obscuro. A inferência indiciária é um raciocínio lógico-formal, apoiado em operação mental, que, em elos, nos permite encontrar vínculo, semelhança, diferença, causalidade, sucessão ou coexistência entre os fatos que circundam a lide. Se a dispensa sem justa causa está oxigenada pela discriminação, o empregado tem direito à reintegração, com base no princípio constitucional da igualdade. Na sociedade moderna, por essência livre, democrática e pluralista, predomina a interpretação contextual, transtextual, metatextual e intertextual, que permite uma visão atual e completa da realidade, que inúmeras vezes não se acomoda bem em textos genéricos, abstratos e concisos de dispositivos legais. Norma-texto e norma-ambiente (Müller) hão de encontrar-se, a fim de permitir uma adaptação do conteúdo normativo à realidade social, em constante avanço para além do tempo em que foi instituída. Essa aglutinação, normativa-estrutural, permite a constante atualização do texto legal, conduzindo o intérprete por horizontes para os quais a realidade o conduz. Essa é uma atribuição transferida pelo legislador ao intérprete e exigida pela sociedade, que não podem ficar parados no tempo, enquanto os fatos sociais avançam numa velocidade jamais imaginada. A questão do portador do vírus HIV é um problema que precisa ser também enfrentado pelas empresas, que têm importantíssima função social. No plano interno, o estado brasileiro tem tradicionalmente tomado medidas efetivas de inclusão social do aidético, seja através de programas educativos, de distribuição de medicamentos ou até mesmo mediante a possibilidade de movimentação da conta vinculada do FGTS, conforme art. 20, inciso XIII, da Lei 8036/90, regra esta desveladora da intenção do

legislador quanto à manutenção do contrato de trabalho. No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção n. 111 da OIT, que trata da *discriminação em matéria de emprego e ocupação*, e que tem como principais preocupações a afirmação dos valores constantes da Declaração de Filadélfia, dentre os quais se inscrevem a igualdade de oportunidades, a dignidade e o progresso material, assim como a conscientização de que a discriminação constitui violação aos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Assim, existe base jurídica para coibir-se a dispensa do empregado portador do vírus HIV, quando a distinção injustificada provoca a exclusão, que tem por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de preservação do emprego, a mais importante forma de subsistência do ser humano. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos sempre lutar: a realização da Justiça. Drummond escreveu: *“tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo”*. Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Esse o material bruto com o qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem, trabalham, estudam, amam e desamam, se divertem, se alegram, se entristecem, riem e choram. Lapidar o Direito e os fatos são a sua tarefa maior e mais nobre. Se não puderem estar mais-além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo. (RO 00864-2007-072-03-00-3, TRT 3ª Região – MG. Rel.: Luiz Otávio Linhares Renault, 4ª Turma. Publ: 12/04/2008).

AIDS. REINTEGRAÇÃO. DIREITO SOCIAL RECONHECIDO. A AIDS é o mal do século, causador não só de incapacitação definitiva para o trabalho, sabidamente fatal. Além disso atinge o portador não só fisicamente, mas, também, em sua capacidade psíquica. A dispensa imotivada do portador do vírus, fora de qualquer dúvida é discriminatória, afetando dignidade da pessoa humana, direito fundamental da democracia (CF, art. 1º, III). (...) A Convenção 111 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 104, de 24.11.64 e promulgada através do Decreto nº 62.150, de 19.1.68, consagra a isonomia, com a finalidade de rejeitar toda e qualquer discriminação, inclusive em face das condições físicas e de saúde do trabalhador, sempre que presente a possibilidade de cumprimento do contrato de trabalho. Naturalmente, não será qualquer moléstia que terá força capaz de provocar a prática discriminatória. Todavia, a AIDS, pela origem (inclusive racial, inclusive pela opção sexual) e também pelo pânico que provoca, em razão do medo de contágio, que afasta o homem comum do portador da moléstia, da marca que o distingue e compromete sua continuação na sociedade, comprometendo a obtenção de um novo posto de trabalho, permite que se dê ao diploma legal interpretação analógica, como permite o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. (MS 11755-2002-000-02-00-9, TRT 2ª Região – SP. Rel.: Jose Carlos Da Silva Arouca, SDI. Publ: 16/05/2003).

DANO MORAL – PORTADORA DE SIDA/AIDS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – Nos termos da Lei nº 9.029/95, a despedida sem justa causa do empregado portador de AIDS/SIDA presume-se discriminatória, com a inversão do *onus probandi*, sendo do empregador a prova de que a dispensa não se fez por motivo de preconceito. Isto é evidenciado pelo fato de nenhuma dispensa ser completamente imotivada, havendo sempre um fundo econômico, disciplinar, técnico ou doloso. Recurso a que se dá parcial provimento. (RO 00301-2002-009-15-00-9, TRT 15ª Região – CAMP. Rel.: Flavio Nunes Campos. 6ª Turma: Publ: 10/10/2003).

DANO MORAL - PORTADOR DE HIV - DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA - PRESUNÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1- A patente discriminação sofrida pelo portador do vírus HIV, mormente no ambiente de trabalho, é fato que tem ensejado a jurisprudência a considerar presumida a segregação social diante da dispensa imotivada do enfermo, com esteio nos arts. 1º, III e IV; 3º, IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193, todos da Constituição Federal, que garantem a dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho, à vida, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. 2- Deixou o empregador de carrear prova convincente dos fatos impeditivos do direito da autora - dispensa em razão de baixa produtividade e faltas ao serviço -, alegados na defesa, pelo que sobeja demonstrada a despedida discriminatória. Indenização que se mostra devida. Recurso conhecido e improvido. (RO 00623-2006-012-07-00-8, TRT 7ª Região – CE. Rel.: José Antonio Parente Da Silva, Pleno do Tribunal. Publ: 03/12/2007).

REINTEGRAÇÃO - EMPREGADO PORTADOR DE AIDS - RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA. Impossível colher prova mais robusta da discriminação contra o aidético do que sua dispensa imotivada, especialmente quando o exame demissional o considera apto para o trabalho. É a segregação silenciosa de quem busca livrar-se de um presumido problema funcional lançando o empregado portador do vírus HIV à conta do Poder Público e à sua própria sorte. Como participante de sua comunidade e dela refletindo sucessos e insucessos, ganhos e perdas, segurança e risco, saúde e doença, a empresa consciente de suas responsabilidades sociais atualmente já assimila o dever de colaborar na luta que amplamente se trava contra a AIDS e, através de suas lideranças, convencionou condições coletivas em que se exclui a exigência de teste HIV por ocasião da admissão no emprego ou na vigência do contrato, e veda a demissão arbitrária do empregado que tenha contraído o vírus, assim entendida a despedida que não esteja respaldada em comprovado motivo econômico, disciplinar, técnico ou financeiro. E isso sob o fundamento de que a questão envolve a vulnerabilidade da saúde pública, não podendo a categoria econômica furtar-se à responsabilidade social que inegavelmente detém. Além do mais, a inviolabilidade do direito à vida está edificada em preceito basilar (artigo 5º, caput, da Constituição Federal). Recurso a que se dá provimento. (RO 00168-2005-253-02-00-9, TRT 2ª Região – SP. Rel.: Wilma Nogueira De Araujo Vaz Da Silva, 11ª Turma. Publ: 09/01/2007).

ATO DISCRIMINATÓRIO DE DEMISSÃO DE EMPREGADO PORTADORA DO VÍRUS DO HIV/AIDS. ÔNUS DA PROVA. O empregador jamais assume a prática discriminatória, atribuindo-a a razões aparentemente objetivas, por se tratar de direito considerado potestativo. As regras relativas ao ônus da prova hão de levar em conta sempre as possibilidades reais e concretas de cada litigante para demonstrar suas alegações. Uma vez comprovado em Juízo que o empregado demitido era soropositivo, deve a empresa provar que o ato de desligamento não foi discriminatório, sob pena de ser forçada a reintegrá-lo. (RO 00364-2001-106-08-00-1, TRT 8ª Região – PA/AP. Rel.: Gabriel Napoleão Velloso Filho, 4ª Turma. Publ: 01/04/2003).

DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. Em atenção ao princípio da continuidade do emprego, bem como no que estabelece a Constituição Federal no que diz respeito à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, presume-se discriminatória a despedida arbitrária do empregado com HIV. (RO

00256-2007-020-04-00-4, TRT 4ª Região – RS. Red.: Ricardo Carvalho Fraga, 3ª Turma. Publ: 18/03/2009).

Ainda dentro desse posicionamento, existe jurisprudência minoritária que defende a estabilidade dos portadores de HIV:

AIDS. PORTADORA DE HIV TEM DIREITO À ESTABILIDADE NO EMPREGO. DISPENSA IMOTIVADA PRESUMIDA DISCRIMINATÓRIA. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA. Os direitos à vida, à dignidade humana e ao trabalho, levam à presunção de que qualquer dispensa imotivada de trabalhadora contaminada com o vírus HIV é discriminatória e atenta contra os princípios constitucionais insculpidos nos arts. art. 1º, incs. III e IV, 3º inc. IV, 5º *caput* e inc. XLI, 170, 193. A obreira faz jus a estabilidade no emprego enquanto apta para trabalhar, eis que vedada a despedida arbitrária (art. 7º, inc. I, da Constituição Federal). Reintegração determinada enquanto apta para trabalhar. Aplicação dos arts. 1º e 4º inc. I, da Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995 (cf. CLT, art. 8º c/c CPC, art. 126 c/c LICC, art. 4º). Os riscos da atividade econômica são da empresa empregadora (CLT, art. 2º), sendo irrelevante eventual queda na produção, pois a recessão é um mal que atinge todo o país. (RO 004205/1999-RO-9, TRT 15ª Região – CAMP. Rel.: Mauro Cesar Martins De Souza, 3ª Turma).

A segunda linha de entendimento, por sua vez, apesar de reconhecer o direito à reintegração do portador dispensado imotivadamente, acredita que a essa proteção assegurada ao empregado depende de comprovação da motivação discriminatória do despedimento.

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DESPEDIDA NÃO ARBITRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. É certo que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade (arts. 1º, III, 3º, IV, e 5º, *caput*), bem como a Lei nº 9.029/95, impedem que o empregado portador do vírus HIV ou aquele que já manifestou a doença - AIDS - seja despedido arbitrariamente, na esteira do que vem decidindo os Tribunais pátrios e defendendo a doutrina nacional. Porém, a prova da alegada arbitrariedade cometida pelo empregador cabe ao obreiro, nos moldes dos arts. 818 da CLT e 333 do CPC, sendo improsperável o pleito de reintegração quando não atendidos citados dispositivos. (RO 4.896/2000-RO-4, TRT 15ª Região – CAMP. Rel.: Luis Carlos Cândido Martins Sotero Da Silva, 2ª Turma.).

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA. POSSIBILIDADE. DISCRIMINAÇÃO NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO EM REGRA LEGAL OU CONVENCIONAL. Comprovada a dispensa pelo fato puro e objetivo da confirmação do diagnóstico da doença AIDS, pode-se obstar a dispensa do empregado pela via da hermenêutica constitucional-principiológica, incluindo-se o comportamento do empregador numa acepção ampla de "discriminação". Na falta de prova da dispensa discriminatória, fundada apenas e exclusivamente no fato mesmo da doença, não há regra infra-constitucional que suprima do empregador o direito potestativo de dar cabo à relação de emprego mantida com o doente, sendo válida a dispensa eventualmente procedida. (RO 03178-2008-054-12-00-4, TRT 12ª Região – SC. Rel.: Mari Eleda Migliorini, 2ª Turma. Publ: 05/06/2009).

EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS-AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO. A contaminação pelo vírus HIV e a doença AIDS dela decorrente, como é sábio, tem causado grande impacto na humanidade, e os portadores sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldades muitas vezes até para sobreviver. Entretanto, quando o empregado alega discriminação pelo seu estado de saúde por parte do empregador, deve fazer a competente prova. (RO 21881-2002-651-09-00-5, TRT 9ª Região – PR. Rel.: Arnor Lima Neto, 4ª Turma. Publ: 10/06/2005).

AIDS.DISPENSA.NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. Embora seja certo que os princípios constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana e da igualdade (ARTS.1º, III, 3º, IV, e 5º, *CAPUT*), bem como a lei n. 9.029/95, impedem que o empregado portador do vírus HIV seja despedido arbitrariamente, é indispensável para o pleito de reintegração no emprego que fique demonstrada a intenção discriminatória do empregador. (RO 04979-20, TRT 1ª Região – RJ. Rel.: José Carlos Novis Cesar, 6ª Turma. Publ: 15/03/2001).

Já o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho tem sido no sentido de que a dispensa sem justo motivo do empregado portador do vírus HIV presume-se discriminatória desde que o empregador tivesse conhecimento da doença. É o que se consta nas decisões que seguem:

RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO HIV. DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. REINTEGRAÇÃO. A ordem jurídica pátria repudia o sentimento discriminatório, cuja presença na voluntas que precede o ato da dispensa implica a sua ilicitude, ensejando a sua nulidade. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho encontra limites na hipótese de ato discriminatório, assim em função do princípio da função social da propriedade (art. 170, III, da CF), bem como da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, III e IV, da CF), por incompatibilidade dessa prática com a prevalência e a realização desses princípios. A jurisprudência desta Corte Superior evoluiu na direção de se presumir discriminatória a dispensa sempre que o empregador tem ciência de que o empregado é portador do HIV, e não demonstrou que o ato foi orientado por outra causa.(...) Recurso de revista conhecido e provido, no tópico. (RR - 943/2006-005-24-00.7 , Relatora Ministra: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 18/02/2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 27/03/2009)

PORTADOR DO VÍRUS HIV. REINTEGRAÇÃO. Em circunstâncias nas quais o trabalhador é portador do vírus da Aids e o empregador tem ciência desse fato, o mero exercício imotivado do direito potestativo da dispensa faz presumir discriminação e arbitrariedade. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar previsão expressa de estabilidade no emprego para o soropositivo de HIV não impede o julgador trabalhista de valer-se da prerrogativa inserta no art. 8º da CLT, para aplicar à espécie os princípios gerais do direito, notadamente as garantias constitucionais do direito à vida, ao trabalho e à dignidade, insculpidos nos arts. 1º, incisos III e IV; 3º, inciso IV; 5º, caput e XLI, 170 e 193 da Carta Política, além da previsão do art. 7º, inciso I, também da Constituição Federal, que veda a despedida arbitrária. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 76089/2003-900-02-00.9, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 06/04/2005, 1ª Turma, Data de Publicação: 17/06/2005)

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA.

1. Caracteriza atitude discriminatória ato de Empresa que, a pretexto de motivação de ordem técnica, dispensa empregado portador do vírus HIV sem a ocorrência de justa causa e já ciente, à época, do estado de saúde em que se encontrava o empregado.
2. O repúdio à atitude discriminatória, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso IV), e o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento basilar do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III), sobrepõem-se à própria inexistência de dispositivo legal que assegure ao trabalhador portador do vírus HIV estabilidade no emprego.
3. Afronta aos artigos 1º, inciso III, 5º, caput e inciso II, e 7º, inciso I, da Constituição Federal não reconhecida na decisão de Turma do TST que conclui pela reintegração do Reclamante no emprego.
4. Embargos de que não se conhece. **(E-RR - 439041/1998.5, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 05/05/2003, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 23/05/2003)**

Como se constata pela leitura dos julgados, ainda há divergência de posicionamentos dos magistrados sobre a garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS. Embora ainda não se verifique uma garantia de emprego plena aos soropositivos, boa parte da jurisprudência tem se mostrado sensível à questão, somando esforços para dar efetividade, através do processo, a um Direito do Trabalho que se aproxima cada vez mais dos Direitos Humanos do Trabalhador.

CONCLUSÃO.

Garantia de emprego traduz-se no direito de o trabalhador conservar sua relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa²⁶⁵. Nesse sentido, Wagner Gusmão Reis Jr. a entende como “conjunto de mecanismos de equalização social, através do qual se impõe ou se estimula a criação ou manutenção de postos de emprego”²⁶⁶. A estabilidade, nesse contexto, pode ser entendida como um desses mecanismos orientados à preservação da relação de emprego, já que se trata do direito de o empregado ter seu vínculo mantido, ainda que não seja essa a vontade do empregador, conforme entende Amauri Mascaro Nascimento²⁶⁷.

Para Maurício Godinho Delgado²⁶⁸, tanto as estabilidades permanentes quanto as estabilidades provisórias dependem de uma previsão em norma jurídica, seja ela heterônoma ou autônoma. Partindo desta noção, mostra-se de difícil sustentação a estabilidade do empregado portador do vírus da AIDS, uma vez que até o presente momento não foi prevista esta situação pelo legislador. Contudo, isto não significa que não há proteção ao vínculo empregatício do soropositivo. A garantia de emprego, neste caso, é assegurada principalmente pelos valores e princípios estabelecidos na Constituição de 1988, que funcionam como diretrizes e fundamentos de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Da dignidade da pessoa humana, tida como valor supremo, resulta não apenas o dever de garantir a integridade física e moral do obreiro acometido pela AIDS, de reconhecê-lo como igual aos demais indivíduos, mas também o dever do Estado de uma atuação positiva que possa lhe conferir o pleno exercício dessa dignidade, com condições existenciais mínimas, participação ativa na própria vida e na vida em sociedade, como bem assevera Ingo Sarlet²⁶⁹. O trabalho, nesse sentido, mostra-se indispensável à proteção da dignidade da pessoa humana, pois através dele se dá a realização material e moral do indivíduo. A valorização social do trabalho, que goza de grande importância na Carta Magna, implica a igualdade de tratamento nas relações

²⁶⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p. 281.

²⁶⁶ REIS JR, Wagner Gusmão. *Garantia de Emprego ao Portador do vírus da AIDS*. p. 3-4.

²⁶⁷ NASCIMENTO, *Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. p. 750.

²⁶⁸ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 1144 e 1150.

²⁶⁹ SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 59.

de trabalho e remuneração que assegure ao trabalhador e sua família condições de vida condizentes com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, como afirma Maurício Godinho Delgado, o trabalho é tido como “um dos instrumentos mais relevantes de afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social”²⁷⁰.

A função social da propriedade, por sua vez, funciona como mais um elemento de proteção constitucional da pessoa humana, como afirma Eroulths Cortiano Junior²⁷¹. Parte integrante do próprio conceito de propriedade²⁷², tem-se que por meio da função social, impõem-se limitações aos comportamentos do proprietário visando ao respeito da dignidade humana, ao desenvolvimento nacional, à diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. Isso também se aplica à empresa, que não pode ser pensada como direito individual, já que competem a ela finalidades de caráter social como, por exemplo, a geração de empregos e de renda. Conforme assevera José Affonso Dallegrave Neto²⁷³, a função social da empresa deve ser exercida com observância dos valores constitucionais do trabalho e dos direitos trabalhistas e de modo a possibilitar a geração de empregos. Nesse contexto, verifica-se que o contrato de trabalho é outra forma de reafirmação da dignidade humana, por se tratar de garantia de bem-estar do trabalhador e de sua família com o resultado do trabalho.

Dada essa relevância que possui a relação de emprego, uma das mais importantes proteções que lhe foi conferida pela Constituição de 1988 é a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º, I da CF). Em que pese o entendimento predominante da doutrina ser de que, exceto nos casos de estabilidade, não há qualquer vedação à dispensa arbitrária se o empregador indenizar o obreiro conforme a previsão do artigo 10 do ADCT, tal orientação não coaduna com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico. A redução da garantia de emprego a uma mera indenização fere a dignidade da pessoa humana, a função social do trabalho, a busca da erradicação da pobreza e da marginalização, da redução das desigualdades e

²⁷⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios Constitucionais do Trabalho*. p. 169.

²⁷¹ JUNIOR, Eroulths Cortiano. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas*. p. 184.

²⁷² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. p. 226.

²⁷³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. p. 269
Apud ANDRADE, Thais Poliana. *Perspectivas para a Contratualidade no Direito do Trabalho: Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional*. p. 143.

a consagração dos direitos dos trabalhadores, conforme aponta Leonardo Wandelli²⁷⁴.

A proteção da relação de emprego contra dispensas arbitrárias também foi o objetivo da Convenção nº. 158 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1996 e denunciada no mesmo ano através do Decreto nº. 2.100, cuja constitucionalidade ainda está em discussão no Supremo Tribunal Federal. Muito embora possa se considerar que essa Convenção não tem vigência no Brasil, indubitavelmente trata-se de fonte jurídica essencial à evolução do Direito do Trabalho pátrio no que atine à proteção do empregado. Como afirma Leonardo Wandelli, tendo em vista a situação de “desemprego estrutural e vulnerabilidade em que se dão as relações de trabalho atuais, é urgente a introdução de mecanismos mais intensos de restrição à livre despedida que os atualmente previstos na legislação brasileira”²⁷⁵.

Há que se salientar, também, que a dispensa do empregado portador do vírus HIV quando não respaldada por justo motivo configura verdadeira despedida abusiva, uma vez que há um tratamento diferenciado sem justificativa legítima, contrariando interesses sociais mais amplos que os envolvidos na relação de emprego²⁷⁶. Com fulcro na teoria do abuso de direito, pode-se dizer que o comportamento abusivo se configura pelo abuso no exercício do direito que viola não só a lei, mas os princípios e valores fundamentais, a justiça, a boa fé, a moral e a função social desse direito. Nesse sentido, a despedida abusiva contraria valores sociais, causando graves danos ao obreiro que, no caso do empregado soropositivo, apresentam-se na forma de privação do emprego e de ofensa a sua personalidade através da discriminação injustificada.

A prática de atos discriminatórios na admissão, no curso e na extinção da relação de emprego é vedada pela Lei nº. 9.029/95, que prevê também que a dispensa discriminatória gera a faculdade de o empregado escolher entre a readmissão ou o pagamento em dobro da remuneração do período de afastamento. Sua aplicabilidade aos casos de dispensa “imotivada” do portador do vírus HIV é reconhecida pela doutrina mais autorizada²⁷⁷, vez que o rol de hipóteses que prevê é meramente exemplificativo. A reintegração do

²⁷⁴ WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva: O Direito (do Trabalho) em Busca de uma Nova Racionalidade**. p. 321.

²⁷⁵ *Idem*. p. 457.

²⁷⁶ TEIXEIRA, Sérgio Torres. *Op. cit.* p. 50.

²⁷⁷ REIS JUNIOR, Wagner Gusmão. **Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS**. p. 56-58.

empregado portador do vírus da AIDS despedido imotivadamente independe da prova do ato discriminatório do empregador, pois como afirma Américo Plá Rodrigues, em “todos os casos em que haja suspeita de discriminação, deve-se exigir da empresa os motivos reais, válidos, suficientes para a despedida”²⁷⁸, motivos estes que poderão afastar a suspeita de discriminação. É o que tem entendido a jurisprudência dominante.

Essa orientação decorre da aplicação de uma das vertentes do princípio da igualdade, a não discriminação, que proíbe qualquer distinção, exclusão ou preferência baseada em critério não autorizado pelo ordenamento jurídico. O princípio da igualdade estabelece ainda por sua vertente positiva a obrigatoriedade comissiva de tratamento igual ou desigual. Havendo razão suficiente para tratamento desigual, este deve ocorrer e, caso essa razão não exista, o tratamento deverá ser igual.

É importante frisar que a garantia de emprego conferida ao portador de HIV não exclui a proteção de empregados acometidos por outras doenças. Contudo, existem vários motivos que justificam a importância de se efetivar a garantia de emprego aos obreiros soropositivos e que distinguem a AIDS de outras moléstias. O primeiro deles refere-se ao fato de que ao longo dos últimos anos houve uma grande disseminação da AIDS no Brasil e no mundo, em proporções jamais alcançadas por outras enfermidades, situação que tende a se agravar. Além do fato de ser uma doença cujo enfrentamento é um problema atual na sociedade, circunstância que não se verifica em relação a outras doenças graves, como a lepra, por exemplo. Soma-se a isso a intensa estigmatização que sofrem os portadores do vírus HIV (ainda tidos como pertencentes aos chamados “grupos de risco”), que é vinculada a outras formas de discriminação pré-existentes, como o estigma da pobreza, da sexualidade e do gênero.

Revela-se, diante de todo o exposto, um amplo complexo protetivo que permite o reconhecimento da garantia de emprego ao portador do vírus da AIDS, com fundamento nos valores constitucionais, instrumentos normativos internacionais e na legislação infraconstitucional mencionados. Outra não poderia ser a solução alcançada a partir de uma interpretação coerente do sistema jurídico integralmente considerado, não limitada a uma visão puramente positivista do Direito.

²⁷⁸ RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. p. 450.

Por fim, é indispensável salientar que essa proteção é fundamental não apenas para propiciar condições de vida digna ao empregado soropositivo e sua família, mas para a própria manutenção de sua vida, tendo em vista que necessita de recursos para seu tratamento, especialmente se se considerar a baixa probabilidade que tem de conseguir um novo emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALISEDA, Jether Gomes. **Estabilidade e garantia de emprego: uma visão crítica**. São Paulo: LTr. 2001.

ANDRADE, Thais Poliana. **Novas Perspectivas para a Contratualidade no Direito do Trabalho**: Reflexos do Novo Ordenamento Jurídico Constitucional. Curitiba, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

ANJOS, Arthur Francisco Seixas dos. **Dispensa Arbitrária e a Teoria do Abuso de Direito**. Revista Trabalho e Processo, n.1, v. 1, São Paulo: Saraiva, (jun/1994), p. 38

ARRUDA, Kátia Magalhães. **A Função Social da Propriedade e sua Repercussão na Propriedade Urbana**. *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, p. 316, out/dez 1996.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas**: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BALERA, Wagner. **O Valor Social do Trabalho**. In: Revista LTr. v. 58, n. 10, out 1994. São Paulo.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A Boa-Fé no Direito Individual do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. **AIDS no Local de Trabalho**: um enfoque de Direito Internacional e Comparado. Disponível em WWW.URL em: http://www.mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_62/Alice_Barros.pdf. Acesso em: 20 set 2009.

_____. **Proteção à Intimidade do Empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego**. In: Revista LTr. V. 73, n. 01, Janeiro de 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos, RODRIGUES NETTO, Sílvia Marina Labate Batalha de. **Rescisão Contratual Trabalhista**: Despedida Arbitrária Individual/Coletiva: A Rescisão Contratual em Face da CF/88. São Paulo: LTr, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1986.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, s/d. 7ª Ed.

_____, MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., 1º/65 e ss. Coimbra: Coimbra, 1984.

COSTA NETO, José Gomes da. **Demissão arbitrária do empregado com AIDS e direito à reintegração**. Disponível em WWW.URL em: http://mail.falnatal.com.br:8080/revista_nova/a4_v2/artigo_5.pdf. Acesso em: 20/09/2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **A Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr. 2009.

_____. **Princípios Constitucionais do Trabalho**. In: Revista de Direito do Trabalho. n. 117. jan-mar de 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

FURTADO, Emmanuel Teófilo. **Terminação do Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1997.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho: Interpretação e Aplicação das Normas Trabalhistas para a Efetiva Inter-relação dos Interesses Econômicos com o Respeito à Dignidade da Pessoa Humana**. In: Revista de Direito Constitucional e internacional. ano 15. Jan/ mar. N. 58. Revista dos Tribunais. 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: Função Social do Contrato e Boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Gustavo Tepedino (coord.). São Paulo: Renovar, 2000.

GOSDAL, Thereza Cristina. **Dignidade do Trabalhador: Um Conceito Construído sob o Paradigma do Trabalho Decente e da Honra**. São Paulo: LTr, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (Interpretação e Crítica). 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

HADDOCK LOBO, Eugênio Roberto. **A Dispensa Arbitrária e a Teoria do Abuso do Direito**. Revista Trabalho e Processo, n.1, v. 1, São Paulo, Saraiva, (jun/1994).

JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

LEWICKI, Bruno. **A Privacidade da Pessoa Humana no Ambiente de Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **A Discriminação do Trabalhador no Contrato de Trabalho e o Princípio Constitucional da Igualdade**. In: Revista LTr. v. 65. n. 10, 2001.

_____. **Convivência dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores com os Poderes Empresariais**: estudo comparativo entre o ordenamento jurídico espanhol e o brasileiro. Idéias Legais. Campo Grande-MS: Escola Superior da Magistratura da 24ª Região, 2007. n. 11.

_____. **Despedida do Empregado Aidético**. Disponível em WWW.URL em: <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m05-009.htm>. Acesso em: 20 set 2009.

LIMA NETO, Arnor. **A Proteção Contra a Despedida Arbitrária ou Sem Justa Causa do Trabalhador Brasileiro no Contexto dos Direitos Fundamentais e sua Efetividade**. In: Direitos dos Trabalhadores & Direitos Fundamentais (coord. Roland Hasson). Curitiba: Juruá, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. ano 36. n. 141. jan/mar 1999.

LOPES, Otávio Brito. **A Questão da Discriminação no Trabalho**. Revista de Direito Trabalhista. n. 1, 2000.

MAGANO, Octávio Bueno. **Despedimento arbitrário**. Trabalho e processo. Jun/1994. n. 1. Editora Saraiva.

MARCA, Maurício Machado. **A Aplicação do Princípio da Igualdade às Relações de Trabalho como Limitador à Autonomia Privada à luz da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Revista LTr, v.72, n. 07, 2008.

MARQUES, Rafael da Silva. **O valor social do trabalho na ordem econômica**. Cadernos da Amatra IV. ano 2, nº 3 – abr/jun 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. In: Problemas de Direito Civil-Constitucional. TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MEDEIROS, Alexandre Alliprandino. **Despedida Abusiva**. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Campo Grande-Mato Grosso do Sul, 2002. n.7.

MEIRELES, Edilton. **Abuso de Direito na Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 2004.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-moderno em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: História e Teoria Geral do Direito do Trabalho: Relações Individuais e Coletivas do Trabalho**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARKER, Richard. **HIV and AIDS-related Stigma and Discrimination: A Conceptual Framework and Implications for Action**. Rio de Janeiro: ABIA, 2002.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 186

PEREIRA, José Luciano de Castilho. **A Garantia de Emprego para o Portador do Vírus HIV**. Jornal Trabalhista Consulex. ano XIX. n. 926.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo e GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **A Tutela Externa do Crédito e a Função Social do Contrato: Possibilidades do Caso "Zeca Pagodinho"**. In: Diálogos sobre direito civil v. 2. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINTO, Ailton Pereira. **Direito do Trabalho, Direitos Humanos e a Constituição Federal**. São Paulo: LTr, 2006.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POPP, Carlyle. **AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. n. 115. jul./set. 1992.

RACHID, Márcia e SCHECHTER, Mauro. **Manual de HIV/AIDS**. 5. ed. rev. e ampl., s/l: Revinter, s/d.

REALE, Miguel. **Função Social do Contrato**. Disponível em WWW.URL em: www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm. Acesso em: 20 jul. 2009.

REIS JR, Wagner Gusmão. **Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da AIDS**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Vida Digna: Direito, Ética e Ciência** (Os Novos Domínios Científicos e seus Reflexos Jurídicos). In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Jólia Lucena da. Estabilidade do portador do vírus HIV. In: **Ciência Jurídica do Trabalho**. ano VII. n. 43. Jan./fev. 2004. p. 21.

ROMITA, Arion Sayão. **Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos**. São Paulo: LTr. 1991.

_____. **Proteção Contra a Despedida Arbitrária**. In: **Trabalho e Processo**, n. 1, jun 1994. Assunto em estudo: Despedimento arbitrário. São Paulo: Editora Saraiva.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **A AIDS e o Direito Fundamental ao Trabalho**. São Paulo, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. **Questões Polêmicas de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direitos Fundamentais e o Contrato de Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2005.

SIMÓN, Sandra Lia. **Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada do Empregado**. São Paulo: LTr, 2000.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Proteção Contra a Dispensa Arbitrária e Aplicação da Convenção 158 da OIT**. In: **Revista do TRT da 15ª região**, n. 25, dez. 2004. São Paulo: Editora LTr.

SOUZA, Mauro César Martins de. **Estabilidade provisória do trabalhador aidético**: posição jurisprudencial e efetividade do processo. Curitiba: Genesis, 2001.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Despedida Abusiva e Antecedentes Criminais**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. v. 36. Porto Alegre. 2008.

_____. **Função Social do Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

SPERANDIO, Alcir. **Proteção Contra a Discriminação do Trabalhador Brasileiro**. In: Direitos dos trabalhadores e direitos fundamentais. Coord. Roland Hasson. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de Personalidade e sua Tutela**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Evolução no Modelo Brasileiro de Proteção à Relação de Emprego Proibição à Despedida Abusiva**. Revista da AMATRA. Recife. ano 1. n. 1. abr./1997.

TRINDADE, Washington Luiz da. **Os Mecanismos Reequilibradores da Despedida Arbitrária**. In: Trabalho e Processo, n. 1, jun 1994. Assunto em estudo: Despedimento arbitrário. São Paulo: Editora Saraiva.

VOIGT, Lineo. **A AIDS e a Incapacidade para o Trabalho**. Monografia de especialização UFPR. Curitiba. 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **Despedida Abusiva**. O Direito (do Trabalho) em Busca de uma Nova Racionalidade. São Paulo: LTr, 2004.

Relação de sites consultados:

AGENCE NATIONALE DE RECHERCHES SUR LE SIDA ET LES HÉPATITES VIRALES. Site oficial:

<http://www.anrs.fr/index.php/anrs/ressources_et_publications/grandes_enquetes/enquete_anrs-vespa__1>

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Site oficial: <<http://www.camara.gov.br/>>

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO: Site oficial: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u372395.shtml>>

MINISTÉRIO DA SAÚDE – PORTAL AIDS. Site oficial: <<http://www.aids.gov.br/>>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Site oficial: <http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2004/104B09_201_span.pdf>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - BRASIL. Site oficial: <http://www.oitbrasil.org.br/prgatv/prg_esp/hiv_aids.php>

SENADO FEDERAL. Site oficial: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Site oficial: <<http://www.stf.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO – RIO DE JANEIRO. Site oficial: <<http://www.trt1.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO – SÃO PAULO. Site oficial: <<http://www.trt2.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO – MINAS GERAIS. Site oficial: <<http://www.trt3.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO – RIO GRANDE DO SUL. Site oficial: <<http://www.trt4.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO – BAHIA. Site oficial: <<http://www.trt5.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 6ª REGIÃO – PERNAMBUCO. Site oficial: <<http://www.trt6.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO – CERÁ Site oficial: <<http://www.trt7.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 8ª REGIÃO – PARÁ E AMAPÁ Site oficial: <<http://www.trt8.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª REGIÃO – PARANÁ Site oficial: <<http://www.trt9.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 10ª REGIÃO – DISTRITO FEDERAL E TOCANTINS. Site oficial: <<http://www.trt10.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 11ª REGIÃO – AMAZONAS E AMAPÁ Site oficial: <<http://www.trt11.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO – SANTA CATARINA. Site oficial: <<http://www.trt12.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 13ª REGIÃO – PARAÍBA. Site oficial: <<http://www.trt13.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 14ª REGIÃO – RONDÔNIA E ACRE. Site oficial: <<http://www.trt14.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO – CAMPINAS. Site oficial: <<http://www.trt15.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO – MARANHÃO. Site oficial: <<http://www.trt16.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 17ª REGIÃO – ESPÍRITO SANTO. Site oficial: <<http://www.trt17.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 18ª REGIÃO – GOIÁS. Site oficial: <<http://www.trt18.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO – ALAGOAS. Site oficial: <<http://www.trt19.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 20ª REGIÃO – SERGIPE. Site oficial: <<http://www.trt20.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 21ª REGIÃO – RIO GRANDE DO NORTE Site oficial: <<http://www.trt21.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 22ª REGIÃO – PIAUÍ. Site oficial: <<http://www.trt22.gov.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 23ª REGIÃO – MATO GROSSO. Site oficial: <<http://www.trt23.jus.br/>>

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO – MATO GROSSO DO SUL. Site oficial: <<http://www.trt24.jus.br/>>

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Site oficial: <<http://www.tst.jus.br/>>